REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
-Sala Quinta de revisión-

Sentencia T-129 de 2011

REF.: Expediente T-2451120

Acción de tutela ejercida por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío contra los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), el Ejército Nacional, la Brigada XVII y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., tres (03) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Embera-Katío, Chidima-Tolo y Pescadito contra el Ministerio de Transporte y otros. Para efectos metodológicos la Sala reseña a continuación, de manera esquemática, el contenido de la providencia:

Tabla de contenido de la Sentencia T/ de 2011

I. ANTECEDENTES

Oscar Carupia Domicó, Doralina Domicó y Rosa Domicó[1] en calidad de integrantes del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito ubicado en el municipio de Acandí (Chocó) y pertenecientes a la etnia Embera Katío, interpusieron la presente acción de tutela en contra de las entidades referenciadas por considerar vulnerados sus derechos a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, a la vida y subsistencia como pueblo indígena.

Los problemas generales por las que interponen la presente acción de tutela y por la que solicitan que se protejan sus derechos pueden ser resumidos en los siguientes términos: **(i)** los trabajos correspondientes a una carretera que atravesaría los resguardos; **(ii)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; **(iii)** los trámites de concesión minera para explotación de oro; y **(iv)** la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos.

1. Hechos

1.1. Introducción.

Afirman los accionantes que en el año 2001, mediante las resoluciones números 005 y 007 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora, se constituyeron los resguardos indígenas Chidima-Tolo y Pescadito, de la comunidad Embera – Katío, integrado el primero por tres lotes y el segundo por uno, localizados en jurisdicción del corregimiento Peñaloza, municipio de Acandí, Departamento del Chocó.

Sostienen que desde la constitución de los resguardos indígenas los miembros de la comunidad Embera han sufrido por las constantes invasiones a su territorio, las cuales generalmente han ido en detrimento de los recursos naturales presentes en estos, que son de gran importancia para la región y principalmente para su comunidad, que se provee directamente de ellos para suplir sus necesidades básicas como alimentación, vivienda y desarrollo de las actividades propias de su cultura y tradición indígena.

Informan que la comunidad Chidima Tolo está conformada por aproximadamente 66 personas, agrupadas en 13 familias, donde aproximadamente el 50% de ellos son de sexo femenino y el otro 50% de sexo masculino (según estudio realizado para la constitución del resguardo). A

[1] Conforme a la solicitud obrante a folio 22 del cuaderno 1, los accionantes otorgaron poder especial a abogados de la Comisión Colombiana de Juristas, para que en su nombre y representación realizaran el seguimiento del presente proceso. De forma posterior, la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz presentó escrito coadyuvando la presente acción de tutela.

juicio del Gobernador del resguardo se estima que la población ha aumentado en un 35% aproximadamente.

En cuanto a la comunidad de Pescadito, especifican que está conformada por aproximadamente 8 familias y un total de 49 personas, con un crecimiento del 20% según apreciación de su Gobernador.

1.2. De la construcción de la carretera.

Informan que en varias oportunidades y con diferentes nombres se ha iniciado la construcción de la vía Acandí-Unguía, que tiene como objetivo unir por vía terrestre a estos dos municipios. Según información de la Defensoría del Pueblo (Resolución Defensorial 051 de 2007), el Ministerio de Transporte' mediante el proceso de audiencias públicas coordinado por Planeación Nacional, realizó la adjudicación de mil cuatrocientos veinte ($1.420) millones de pesos para el mantenimiento y mejoramiento de esta vía. Este recurso, también según el Ministerio, se ha venido ejecutando a través de dos convenios independientes: uno, en fase de iniciación, con el municipio de Acandí; y otro, en fase final, con el municipio de Unguía.

Según informes de la Defensoría, el Ministerio de Transporte ha señalado que los dos extremos de la vía, en Unguía y en Acandí, están separados aproximadamente por cuatro kilómetros. Tramo que atraviesa los resguardos indígenas de Chidima y de Pescadito.

Exponen que el Ministerio ha respondido a la Defensoría que se trata de un eje vial de carácter terciario que se inició a través de caminos vecinales hace 24 años, cuando no existían las normas ambientales de hoy. Por este motivo no se ha solicitado licencia ambiental y no se ha realizado la consulta previa. Sin embargo, sostienen que, sin respetar el derecho a la consulta previa, para la ejecución de estas obras se firmaron contratos interadministrativos entre el Invías y los respectivos municipios cuyo objeto consistió en el *"mejoramiento de la vía Acandí-Unguía"* en la jurisdicción de cada municipio. Según informes de la Defensoría en el documento citado, en el texto de los contratos no se hizo ninguna aclaración de las obras específicas que se iban a ejecutar en cada uno de los contratos referidos.

A juicio de los peticionarios, la constitución tan general de los contratos, sin la especificación de los tipos de obras, habría sido aparentemente el motivo para no solicitar la licencia ambiental, con una justificación que no corresponde a la verdad, pues según el objeto del contrato sería realizar el mantenimiento de la carretera y no la construcción de una vía como está ocurriendo en realidad. Enfatizan que no existe la vía por lo que en sus terrenos se tendrán que hacer excavaciones manuales y mecánicas, rellenos, obras geotécnicas y construcción de obras de arte como filtros, cunetas y drenes, entre otras, que van a afectar no sólo su derecho a la consulta previa sino también la estabilidad de las viviendas, la caza y la pesca, además de perjudicar gravemente su cultura.

Anotan que la carretera contratada por el Ministerio de Transporte con las Alcaldías de Unguía y Acandí no está conectada, ya que los cuatro kilómetros que atraviesan los resguardos indígenas de las comunidades Chidima y Pescadito del pueblo Embera-Katío están sin construir. Lo que evidencia la necesidad de agotar el proceso de consulta previa ya que afecta una comunidad étnica de especial protección constitucional.

Según su visión del problema, la actitud del Ministerio, de la autoridad ambiental local y de las alcaldías de Unguía y Acandí ha llevado a que las comunidades indígenas tengan que enfrentarse de manera permanente con las autoridades locales, especialmente con el alcalde de Acandí, los colonos y los funcionarios de las empresas contratadas para la ejecución de la obra de la carretera, para impedirles el ingreso a los territorios de los resguardos. Circunstancia que representa para la comunidad perteneciente al Pueblo Embera un grave riesgo de desplazamiento de sus territorios, sumado a la colonización del territorio ancestral por parte de personas que no pertenecen a su etnia y que no comparten su cultura.

Informan que el 31 de diciembre de 2008, mediante el Acuerdo Núm. 076, el Consejo Asesor de Regalías aprobó *"proyectos a ser financiados con recursos del Fondo Nacional de Regalías y se designa su ejecutor"*. En la aprobación de recursos se incluye nuevamente un mejoramiento y terminación de la vía que denominan Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, en el *"sector K26-00 al K34-700"*, afectada según dice el Consejo *"por la ola invernal en el municipio de Acandí, Departamento del Chocó"*. Esta obra tiene un valor aprobado de $3.248.256.520 millones de pesos. Adicionalmente, señalan que el responsable de la ejecución de esta obra según el mismo Acuerdo Num.076 ya citado, es la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

Precisan que la vía Acandí-Unguía, como está determinada en los contratos interadministrativos, o vía Titumate- Balboa- San Miguel – Acandí, en la asignación de recursos del Consejo Asesor de Regalías, según Acuerdo Núm. 076 de 2008, no ha sido consultada pese a que afectará gravemente a las comunidades étnicas que se encuentran asentadas en la zona, especialmente aquellas pertenecientes al pueblo Embera de los resguardos de Chidima y Pescadito.

Comentan que el 14 de mayo de 2009, en el municipio de Acandí fueron abordados por el alcalde, el Personero, el Secretario de Obras Públicas y el Presidente del Concejo para que hicieran una reunión esa misma tarde y firmaran un acta para permitir la entrada de los ingenieros militares al territorio de los resguardos a terminar los cuatro kilómetros que faltan de la carretera.

Agregan que se está desconociendo la Observación Individual de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –CEARC- de la OIT, que se pronunció expresamente sobre el caso de estos dos resguardos, en los siguientes términos: *"la Comisión solicita por lo tanto al Gobierno que*

garantice plenamente la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos, tal como lo establece el artículo 14, 2, del Convenio, que proceda a proteger las demás tierras ocupadas tradicionalmente a los efectos del reconocimiento de la propiedad y posesión, ***y que suspenda las actividades derivadas de concesiones de exploración otorgadas y/o proyectos de infraestructura, en tanto no se proceda a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas".***

De otra parte, exponen que el Coronel Alonso Díaz Gómez, quien se identifica como segundo comandante y JEM BR. 17, el 06 de mayo de 2009 informó acerca de una autorización que les dio la comunidad Cuna de Arquía para la construcción de otra carretera y la aduce como una autorización general para actuar en el Darién, donde existen otras etnias que deben ser consultadas, por lo que estiman que se está confundiendo la vía de Unguía al resguardo de Arquía con la que atraviesa los resguardos de Pescadito y Chidima en Acandí, obra para la que insisten no se ha realizado la consulta previa.[2]

Reiteran que se trata de etnias diferentes, unas pertenecientes al pueblo Cuna y otras al pueblo Embera, quienes habitan los resguardos de Pescadito y Chidima, que nunca han sido consultados sobre la construcción de la vía.

1.3. Del proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá.

Afirman que existe un proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá que se encuentra en etapa de factibilidad, cuyo inicio está condicionado al avance en la ejecución de los estudios técnicos y ambientales requeridos (actualmente en contratación y ejecución).

Comentan que las comunidades a las que representan desde septiembre del 2007 vienen manifestando que, sin tener en cuenta el procedimiento de consulta previa, ingenieros de la empresa Interconexión Eléctrica S.A (ESP-ISA) han estado dentro del territorio realizando mediciones y señalando los puntos geo-referenciados donde se colocarían las torres para la electrificación, apoyados en fotografías satelitales del territorio.

Ponen de presente que en la página web de ISA se indica: *"Desde 2001, ISA y la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. –ETESA– de Panamá, actuando como promotores del mercado de energía, han adelantado estudios de viabilidad técnica para el desarrollo del proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, el cual constituye un paso fundamental en la consolidación de un mercado supraregional, que aproveche las ventajas y potencialidades de las dos regiones".* Consideran que los referidos estudios se han llevado a cabo sin realizar el proceso de consulta previa, además que

[2] Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, respuesta a la petición de información presentada por la Comisión Colombiana de Juristas, oficio No. 2400-E2-55680 del 11 de junio de 2008.

desconoce el resultado de los anunciados estudios y su impacto sobre las comunidades étnicas de la zona. En este caso, además, estiman que se vulnera el artículo 7.4. del Convenio 169 de la OIT que establece que *"[l]os gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan"*.

Adicionan que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial informó que la licencia ambiental para este proyecto se encuentra en trámite y por ahora se está realizando el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en el cual, según el Ministerio, *"no es exigible la consulta previa"*.

Precisan que los ingenieros contratistas de la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA solicitaron a Oscar Carupia, en calidad de representante de la comunidad Chidima, su compañía durante la visita de localización de las coordenadas necesarias para la verificación del trazado de la línea y los lugares en donde quedarían las torres, que atravesarían el lote Núm. 3, ubicado en el costado sur-oriental, con una distancia de 1.062 metros; el lote Núm. 2, al sur de la rivera del río Tolo en una distancia de 549 metros; y el lote uno, continuando en la rivera sur del río Tolo, atravesándolo hasta unirse con el trazado de la vía que conduce al casco urbano de Acandí, en 520 metros. Finalmente, por la línea de interconexión eléctrica tendría un trazado en dirección al municipio de Acandí, sobre el resguardo de Pescadito, en una distancia de 1.445 metros, aproximadamente.

Estiman que la servidumbre para dicha línea es de aproximadamente 30 metros a lado y lado de la línea de energía, por lo que se generaría un corredor de 60 X 3.576 metros correspondientes a la longitud total que atraviesa la línea de los territorios de los resguardos, creando así un área aproximada de afectación de 214.560 metros, equivalente a 21,45 hectáreas.

Adicionan que la intervención del territorio conlleva la destrucción de la biodiversidad, lo que configura un grave riesgo para los derechos de la comunidad indígena, puesto que una línea de las características descritas, agravaría los efectos de una nueva fragmentación del territorio de las dos comunidades indígenas.

1.4. De la concesión minera en el municipio de Acandí.

Afirman que el Ministerio de Minas y Energía ha otorgado una concesión minera en el municipio de Acandí, comprendida entre el río Muerto y el río Tolo, en un área de 40.000 hectáreas, para actividades de prospección, exploración y explotación de minerales a la empresa Gold Plata Corporation.

Precisan que al igual que en los casos anteriores, aún no se ha realizado consulta previa para este proyecto minero, a pesar de que el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las

comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la legislación especial, la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Política.

Agregan que se está aplicando el Decreto 1320 de 1998, que solo prevé la consulta previa para obras de explotación y prospección, etapa en la que se encuentra Gold Plata. Por lo que a partir de esta norma la interpretación que hace el Ministerio de Minas y Energía del derecho a la consulta previa es altamente restrictiva del derecho fundamental de participación, puesto que dicha consulta no es considerada para labores de exploración, a pesar de que con éstas se afecte a los pueblos indígenas y su territorio.

A su juicio, la interpretación del Ministerio de Minas y Energía es contraria a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual la consulta previa es un derecho fundamental.

Explican que según lo informado por el Ministerio, la actividad minera que se está efectuando hasta el momento en Acandí no es una actividad de prospección o explotación, a pesar de la labor desarrollada por la empresa Gold Plata. Por tanto, ésta y las empresas que han obtenido título minero registrado no estarían infringiendo la legislación con la ausencia de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales en la zona.

Adicionan que además de ésta exploración existen dos títulos mineros registrados en el municipio de Acandí que comprenden el territorio de los resguardos de Pescadito y Chidima.

1.5. De la ocupación ilegal del territorio y el peligro de desplazamiento.

Denuncian que el territorio de los resguardos de Chidima Tolo y Pescadito, particularmente el lote Núm. 3 del primer resguardo, ha sido invadido por colonos. Esta intervención ha ocurrido, en parte, por la negligencia de las autoridades encargadas de la política agraria en el país, pues, como se ha informado, en el momento de la titulación, esta se hizo de manera fragmentada en tres lotes de terreno facilitando con ello la invasión.

Además, estiman que las autoridades no han tomado acción frente a los reiterados llamados de los miembros de nuestras comunidades indígenas para evitar la invasión de los resguardos, la explotación de los mismos y los daños ambientales que provocan los colonos.

Informan que de manera reiterativa han solicitado medidas de ampliación del resguardo para convertirlo en un solo globo, de manera que se posibilite hacer control sobre el territorio en su conjunto y proteger los sitios sagrados de las comunidades. Sin embargo, la respuesta de las autoridades ha sido negativa e incluso contradictoria.

Estiman que debido a la titulación fragmentada y la ausencia de saneamiento de los resguardos se ha dado la invasión del territorio por parte de colonos, generando diferencias entre unos y otros. Por otra parte, afirman que la construcción de la carretera ha promovido la llegada de nuevos repobladores en el lote núm. 3, que de acuerdo a las creencias heredadas de sus antepasados es territorio sagrado para las comunidades indígenas, donde habitan los espíritus sabios y donde la misma naturaleza les ayuda a tomar las decisiones que orientan el rumbo de sus comunidades, razón por la cual hacen lo posible para conservarlo en su estado natural y no ahuyentar de allí toda su naturaleza mística, de la cual aún depende el soporte espiritual de sus comunidades. Juzgan que esa situación de aparente abandono es tomada como excusa por los colonos para entrar en este territorio y lo hace más susceptible a la ocupación.

Precisan que dicha problemática fue puesta en conocimiento de la Organización Internacional del Trabajo - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, que en marzo 6 de 2009 profirió la siguiente recomendación:

> " (...) *la Comisión insta al Gobierno a tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Katío y Dobida y en particular en el lote 3 de Chidima, donde según la comunicación hay intrusión actual y, a proporcionar informaciones sobre las medidas adoptadas.*
>
> *Solicita además al Gobierno que tome medidas para unir a estos tres lotes, en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional, de modo que el resguardo sea viable y a proporcionar informaciones al respecto."*

Una vez precisados los hechos anteriores, el escrito expone los fundamentos de derecho relativos a la procedencia de la acción de tutela, a la configuración de un perjuicio irremediable, a la necesidad de suspender la obra, a la necesidad de proteger el derecho a la vida, al derecho fundamental a la consulta dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos, el derecho a la diversidad étnica y cultural de la Nación, el derecho al debido proceso y el derecho a no ser desplazado.

1.6. Solicitud de amparo.

Con fundamento en todo lo expuesto, solicitan a nombre de los resguardos de Pescadito y Chidima, pertenecientes a la Asociación de Cabildos Kunas, Emberas y Katíos –Acikek-, que se protejan sus derechos ordenando:

(i) El respeto a la consulta previa, consagrado en la Constitución y la ley por parte de las autoridades ambientales nacionales y regionales, en este caso por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Choco-Codechocó.

(ii) Realizar el proceso de consulta previa como lo establecen los tratados internacionales de protección de derechos humanos ratificados por Colombia

(Convenio 169 de 1989), la Constitución y la ley para la cual se debe involucrar al Ministerio del Interior y de Justicia para que en el ámbito de sus competencias garantice el proceso y de esta manera se protejan los derechos fundamentales de la comunidad Embera dentro del territorio de los resguardos de Pescadito y Chidima.

(iii) La suspensión de las obras de la carretera denominada Unguía- Acandí ó Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, en el sector K26-00 al K34-700 en el municipio de Acandí, que afecta gravemente el territorio de los resguardos, para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interponen las acciones administrativas correspondientes.

(iv) A la Agencia Logística de las Fuerzas Militares que suspenda su actuación e intervención dentro de la ejecución de la obra denominada *"Mejoramiento y terminación de la vía Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, Sector K 26-00 al K34-700, afectada por la ola invernal en el municipio de Acandí, en el departamento del Chocó"*.

(v) Al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, informar sobre el estado actual de la contratación de la vía denominada Unguía- Acandí.

(vi) Al Departamento Nacional de Planeación que explique el proceso de asignación de recursos a través del Consejo Asesor de Regalías para las entidades territoriales, así como los procesos de control para que no se afecte a las comunidades étnicas con presencia en las zonas.

(vii) A las entidades territoriales, en este caso a las alcaldías de Unguía y Acandí, el reconocimiento y respeto a las autoridades propias, la autonomía y a la consulta previa de las comunidades étnicas.

(viii) La suspensión de obras de minería, interconexión eléctrica, hidroeléctricas y otras obras que se planean en el territorio del resguardo y para las cuáles no ha existido consulta previa.

(ix) Evitar que el territorio del resguardo siga siendo invadido por colonos, interesados en las obras de infraestructura, en la explotación maderera y minera, tutelándose como un solo globo de terreno, de acuerdo a la observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

(x) Respetar el derecho de los pueblos indígenas a permanecer en el territorio, al respeto a las autoridades propias y a la autonomía, y que por tanto suspenda la marcación de árboles que están realizando dentro del territorio para la construcción de la carretera en apoyo o acción conjunta con la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

(xi) A las entidades involucradas en la protección de derechos, se dé cumplimiento a la observación individual proferida por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en marzo de 2009, sobre el caso y para lo mismo se suspendan las obras antes mencionadas hasta que se haga la consulta previa y se titule como un solo globo de terreno.

2. Trámite procesal.

Inicialmente la presente acción de tutela fue interpuesta ante el Tribunal Superior de Bogotá, pero por reglas de reparto se dispuso el envío al Tribunal Superior de Quibdó. Una vez admitida la demanda, la Secretaría General del Tribunal Superior de Quibdó procedió a notificar a las entidades accionadas.

El 26 de junio de 2009, el magistrado sustanciador del antedicho Tribunal procedió a solicitar al Ministerio del Interior y de Justicia el registro de la existencia formal de los resguardos y la información relacionada con la junta directiva del mencionado cabildo en caso de estar legalmente constituidos.[3]

De otra parte, una vez le fue reconocida la personería a la abogada de la Comisión Colombiana de Juristas para actuar en el presente proceso, solicitó como medida provisional la suspensión de las obras y proyectos. Dicha solicitud fue despachada de forma desfavorable por el magistrado sustanciador debido a que en la solicitud no se especificó si ya se habían iniciado las obras o no, por lo que la decisión sería asumida en la sentencia.

3. Contestación del Ministerio de Transporte.

El Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica solicitó declarar la carencia de objeto de la acción de tutela en contra de ese Ministerio y la desvinculación de la litis reconociendo la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con la concesión minera, la interconexión eléctrica binacional y la invasión u ocupación ilegal del territorio.

Lo anterior, debido a la ausencia de determinación y definición sobre las características, naturaleza del proyecto y acciones de consulta a las comunidades concurrentes al proyecto, lo cual a su juicio es de absoluta competencia de las alcaldías de Unguía y Acandí; a través de sus representantes y concejos municipales, pues el Ministerio sólo revisa los proyectos presentados por las alcaldías Municipales y su presupuesto a efecto de que se ajusten a la ley. De otra parte manifestó que en vista de que se plantea el mejoramiento de una vía en lo concerniente a conformación de calzada existente, construcción de alcantarillas y muros en gaviones, etc., esto

[3] El Ministerio del Interior y Justicia, en escrito fechado el 07 de julio de 2009, contestó que una vez consultadas las bases de datos de la entidad se registran en el municipio de Acandí, departamento del Chocó, el resguardo Chidima –Tolo. De otra parte, informó que no se registra la autoridad indígena elegida para la vigencia 2009, quien debe posesionarse ante la alcaldía de Acandí.

se traduce en una nueva vía de donde se supone que las consultas, permisos, licencias ambientales y autorizaciones de los Concejos Municipales ya se habían obtenido.

Pidió integrar el contradictorio con las siguientes entidades y órganos de ejecución nacional y territorial por competencia orgánica y funcional de la red terciaria, en el tema minero y en el de la política agraria: 1.- A los municipios de Unguía y Acandí. 2.- Al Fondo Nacional de Regalías, Dirección Nacional de Regalías, ya que según la accionante ha separado los recursos del anterior proyecto; 3.- Al Ministerio de Defensa Nacional – Batallón de Ingenieros Núm. 17 "Bejarano Muñoz", quien ha iniciado labores preliminares de ejecución del proyecto de conformidad con lo afirmado por la actora; 4.- Al Instituto Nacional de vías INVIAS; 5.- Al Ministerio de Minas y Energía; 6.- Al INCODER y 7.- A la Empresa Contratista S.A E.S.P.- ISA.

4. Intervención del Instituto Nacional de Vías (Invías).

La subdirectora de la red terciaria y férrea del referido instituto, por medio de escrito del 6 de julio de 2009, manifestó que suscribió el convenio interadministrativo Núm.1991 de 2006 con el municipio de Acandí, quien contrató y ejecutó entre noviembre de 2007 y abril de 2008, obras de mejoramiento de la vía Acandí – Unguía, informando que estas actividades consisten en afirmado de la vía y no requieren consulta previa, y que tal como lo solicitó la comunidad en la época de ejecución del contrato, no se intervinieron los 4 kilómetros ocupados por las comunidades Chidima y Pescadito.

De otra parte, afirmó que debido a que la solicitud de los actores radica en la actual construcción de la Vía Acandí – Unguía, o Titumate – Balboa – San Miguel – Acandí, sector K26-00 a K34-70, por parte de la fuerza logística de las Fuerzas Militares, conforme al Acuerdo 076 de diciembre 31 de 2008, del Consejo Asesor de Regalías, es procedente acudir a dicha instancia para lo pertinente, por no ser de competencia del Invías.

5. Contestación del Ministerio de Agricultura.

El Jefe de la Oficina de Asesora Jurídica solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela respecto a ese Ministerio, ya que al mismo no se le puede imputar responsabilidad alguna en las omisiones cuestionadas, dado que el objeto de esa entidad es formular, coordinar y adoptar políticas, planes programas y proyectos del Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, con el fin de atender necesidades del sector rural y su población, sin que esté demostrado en la tutela el nexo causal entre los hechos relacionados en la demanda y una acción u omisión de ese Ministerio, careciendo de asidero jurídico la pretensión solicitada.

6. Contestación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

A través de apoderada judicial solicitó negar las pretensiones de la parte actora, en relación con lo que respecta al referido Ministerio, ya que a su juicio no ha vulnerado derecho fundamental alguno, debido a que las actividades para la elaboración del Plan de Manejo Ambiental (mediciones y señalamientos de puntos geo-referenciados donde se colocarían las torres de transmisión eléctrica y la localización de las coordenadas de las minas, no requieren proceso de consulta previa porque, a la fecha, el trámite de licenciamiento ambiental se encuentra suspendido, como quiera que la empresa INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P., no ha presentado Estudio de Impacto Ambiental y en caso de presentarse, dicho Ministerio no otorgará licencia ambiental al proyecto hasta que no se cumpla con el proceso de consulta previa establecido en el Decreto 1320 de 1998.

Adicionalmente, expuso que quien ejerce como máxima autoridad ambiental en la zona en que residen los presuntos afectados es Codechocó, y por lo tanto es la llamada a ejecutar la política ambiental y coordinar procesos de planificación, conforme a lo dispuesto en los artículos 23, 30, 33 y 35 de la Ley 99 de 1993.

7. Contestación del Ministerio de Minas y Energía.

El apoderado especial de la Nación, solicita no acceder a lo pedido por inexistencia de la violación de los derechos fundamentales invocados, negar la tutela en contra del Ministerio por carencia de legitimidad en la causa, al igual que por la improcedencia ante la posibilidad de otros medios judiciales y la no comprobación de un perjuicio irremediable.

Considera que las actuaciones de la autoridad minera corresponden a Ingeominas, las cuales gozan de presunción de legalidad conforme a las normas que regulan la situación fáctica presentada. De otra parte, manifiesta que la encargada de realizar el procedimiento de la consulta previa es la autoridad ambiental con anterioridad al otorgamiento de la licencia ambiental, situación que aplica no solo para las concesiones mineras sino también para las obras de infraestructura energética.

Por lo expuesto, solicita no acceder a lo pedido por los accionantes, declarando la improcedencia de la presente acción de tutela y declarando la falta de legitimación por pasiva frente al Ministerio referido. Adicionalmente, solicita la vinculación del Ingeominas.

8. Intervención de Interconexión Eléctrica SA (ISA).

En comunicación remitida el 7 de julio de 2009 por la Empresa de Interconexión Eléctrica S.A. ESP, al Ministerio de Minas y Energía, explica la

etapa en que se encuentra el proyecto de interconexión eléctrica Colombia – Panamá, evidenciando que a la fecha no se ha desarrollado la primera actividad del estudio de impacto ambiental.

Por lo anterior, especifica que una eventual consulta previa con la comunidad indígena Embera del resguardo afectado, se desarrollaría siempre y cuando el trazado del proyecto de interconexión Colombia- Panamá cruce por su territorio.

9. Contestación del Ministerio del Interior y de Justicia.

La Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del referido Ministerio solicitó despachar desfavorablemente la presente acción de tutela, afirmando que no existe amenaza o violación de derechos fundamentales por parte de ese Ministerio, puesto que el mismo no ha tenido conocimiento de los proyectos que originan la acción, ni está habilitado para pronunciarse sobre los trámites referentes al adelantamiento del proceso de consulta previa con licencia ambiental, lo cual es competencia de la autoridad ambiental de conformidad con la normativa vigente.

10. Contestación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

El Director de la Agencia referida alegó no haber vulnerado los derechos fundamentales invocados, asegurando haber intentado a través de los medios y recursos a su alcance una solución para que el proyecto Titumate- Balboa San Miguel Acandí, sector K26+00 A K34+700, que corresponde a una vía afectada por la ola invernal, se lleve a cabo con el lleno de los requisitos técnicos legales exigidos en las normas que rigen la materia, labor que a la fecha no ha iniciado por cuanto la Agencia Logística está a la espera de que se cumplan por los directamente responsables y beneficiarios las exigencias de consulta previa, licencia ambiental y diseños técnicos de la vía, que son compromisos ajenos a las obligaciones asumidas por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

Precisó que en el proyecto opera como ejecutora de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías y que la naturaleza jurídica de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares corresponde a la de un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, tal como se consagró en el Decreto 4746 de 2005, luego su objeto consiste en ejecutar las actividades de apoyo logístico y establecimiento de bienes y servicios requeridos para atender las necesidades de las Fuerzas Militares.

Adicionalmente, precisó que la agencia realizó visita técnica por vía aérea ya que en el municipio de Acandí no existen vehículos para hacerlo por vía terrestre. Dentro de los principales hallazgos de la inspección quedó concluido que la vía se encuentra totalmente cerrada sin ningún tipo de intervención en el tramo de las comunidades de Chidima y Pescadito.

Informa que de la visita efectuada por la Agencia con la participación de representantes de la alcaldía de Acandí y Corpochocó quedaron los siguientes resultados: "*(i) la vía hay que construirla en los (4) kilómetros faltantes, por tal motivo requiere la licencia ambiental; además estos mismos 4 kilómetros se evidencia la necesidad de la construcción de un puente de sesenta (60) metros de luz sobre el río Tolo el cual no está contemplado en ningún capitulo del proyecto. 2) no se ha socializado y mucho menos se ha iniciado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas. 3) No existe información técnica en general del proyecto. Por tal razón se solicitó a la Dirección General de la Agencia logística no iniciar las obras hasta que se hayan aclarado y solucionado los puntos mencionados.*"[4]

De lo anterior se desprende igualmente, que si bien es cierto no ha habido consulta previa para la ejecución del proyecto denominado Titumate- Balboa, San Miguel Acandí, sector K26+00 A K34+700, no se han iniciado labores precisamente en espera de la misma, como requisito previo a la expedición por parte del Ministerio del Medio Ambiente de la correspondiente licencia ambiental. Por tanto, concluye que frente a esta entidad, no se vislumbra vulneración alguna que haga procedente el amparo por tutela.

11. Contestación del Ministerio de Defensa.

El Director de Derechos Humanos del Ministerio manifestó que las fuerzas militares tienen jurisdicción en todo el territorio colombiano por tanto las tropas no pueden ser retiradas del territorio indígena. Por lo anterior la suspensión o no de la obra debe ser ordenada por una autoridad competente.

Precisa que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas no es absoluto, por lo que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas tiene límites. Motivo por el que la institución ha implementado una política específica de protección a las comunidades indígenas la cual consta en la directiva permanente Núm. 1630, *"Política sectorial de reconocimiento, prevención y protección a las comunidades de los pueblos indígenas"*. Por lo anterior, solicita que sea negada la acción de tutela interpuesta.

12. Contestación de la Alcaldía de Unguía.

La alcaldesa municipal encargada de Unguía manifestó que el ente territorial no ha intervenido en el trazado de la carretera al que hace referencia la tutela en todo el trayecto correspondiente al municipio, dado que ésta no atraviesa, ni siquiera roza, ningún resguardo indígena.

Afirma la alcaldía que dicha tutela hace referencia a resguardos que corresponden al alcalde de Acandí, y por ello señala que es a la administración de Acandí a quien debe dirigirse la tutela y no al municipio de Unguía, que

[4] Folio 329 del cuaderno 1.

nada tiene que ver. Por lo anterior, especifica que el ente territorial no puede ser obligado a suspender la obra en lo que se refiere a su territorio.

13.Contestación de la Décimo Séptima Brigada de las Fuerzas Militares.

El comandante de la citada brigada manifestó que no vulnera los derechos alegados por los accionantes ya que el personal que participa en el proyecto es de ejecución, por lo que una vez se cumplan las formalidades que este tipo de casos imponen, procederá a la orden de ejecutar la obra. No obstante, aclara que los miembros del Ejército Nacional actúan con respeto hacia la comunidad del resguardo de Chidima–Tolo del municipio de Acandí, observando siempre las normas y principios del derecho internacional humanitario.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de primera instancia.

El 10 de julio de 2010, la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó negó el amparo solicitado. El fallador de instancia se refirió a las normas constitucionales en materia de protección de comunidades indígenas y del medio ambiente, al tiempo que hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

En lo referente al proceso de interconexión eléctrica, consideró que conforme a lo contestado por el Ministerio de Medio Ambiente, el proyecto referido no requiere consulta previa porque a la fecha el trámite de licenciamiento ambiental se encuentra suspendido como quiera que la empresa Interconexión Eléctrica SA ESP no ha presentado el estudio de impacto ambiental y en caso de presentarse dicho Ministerio no otorgará la licencia hasta tanto no se agote la consulta previa conforme al Decreto 1320 de 1998, motivo por el que no se vulnera derecho fundamental alguno.

En cuanto a los proyectos de explotación minera, consideró que aquellos se encuentran en la mera expedición de títulos, sumado a que la autoridad ambiental debe agotar el procedimiento de consulta previa antes del otorgamiento de la licencia. Razón por la que también bajo dicho tópico la acción fue negada.

En lo atinente a la construcción de la carretera que pretende unir los municipios de Unguía y Acandí, estimó que ante la ponderación de principios que se encuentran en tensión (la protección de los derechos indígenas y la prevalencia del interés general), debe primar el último, "*referido a la necesidad de progreso y mejoramiento de las condiciones de bienestar que deben buscar las autoridades públicas, dentro de los fines del estado, a través del emprendimiento y desarrollo de obras públicas, que faciliten, por ejemplo, la movilidad de la generalidad de las personas de las comunidades potencialmente beneficiarias de dichas obras de infraestructura*".

Así mismo indicó que: *"los intereses generales y la convivencia de las luces de progreso que para el común de los habitantes de todo el territorio de la vía y para los de las respectivas cabeceras municipales de Unguía y Acandí se abrirían con la unión de este corredor vial, pues, obviamente es mayor que aquel importante pero escaso número de alrededor 150 integrantes de los resguardos CHIDIMA-TOLO y PESCADITO".*

Lo anterior, porque a su juicio los escasos 4 kilómetros restantes de la carretera no requieren explotación de recursos naturales, motivo por el que no es necesaria la licencia ambiental.

De otra parte, partiendo de las propias afirmaciones de los accionantes encontró probado que la administración del municipio de Acandí intentó pactar una visita en dos ocasiones con los miembros de las comunidades pero por negativa de los representantes de los resguardos no se pudieron materializar. Por último, agregó que las autoridades podrán optar una vez más por una cita de concertación sobre los tópicos concertables con representantes oficiales de los resguardos o de otro lado proceder de inmediato a ejecutar las obras cuestionadas, eso sí bajo el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

2. Impugnación

La abogada de la Comisión Colombiana de Juristas presentó impugnación del fallo descrito, exponiendo los siguientes argumentos:

(i) El Tribunal hace una interpretación errada del alcance del derecho a la consulta previa y en particular de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, que hace parte de los instrumentos firmados y ratificados por Colombia, en el que se establece la consulta previa. Revaluando completamente el derecho a la consulta previa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

(ii) Se trata de la contratación para el mantenimiento de una vía que no existe, que por tanto requiere licencia ambiental y para conseguirla entre otros requisitos se debe garantizar la consulta previa, ya que no se trata de un *"mantenimiento"*.

(iii) No se tiene en cuenta el pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, como parte del bloque de constitucionalidad, que en marzo de 2009 se pronunció expresamente sobre el caso de estos dos resguardos.

(iv) El despacho no se pronunció acerca de todos los derechos vulnerados o amenazados, ni acerca de la responsabilidad de quienes los amenazan o vulneran, y de manera particular no se hace ninguna mención a las acciones del ejército dentro de los resguardos, los sobre vuelos de los helicópteros, las entradas al territorio sin el respeto a las autoridades propias y, como lo

informaron los integrantes de las comunidades, la marcación de árboles y la presencia de campamentos.

3. Sentencia de segunda instancia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 22 de septiembre de 2009, confirmó el fallo impugnado. Al respecto afirmó:

> "Aunque la Sala no desconoce el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas y tribales asentadados en el territorio nacional a ser consultados en los proyectos destinados que puedan efectuar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen con miras a tener oportunidad de ser oídos y expresar sus inquietudes en lo que concierna a la defensa de sus intereses , en el caso especifico, como quedó visto, no se estructuran los presupuestos para otorgar la prorrogativa reclamada, aún como mecanismo transitorio, por ausencia de demostración de quebrantamiento o amenaza de los derechos fundamentales invocados.
>
> Coherente con los anteriores razonamientos, se impone confirmar la sentencia materia de impugnación".

III. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- Fotocopia del Convenio Interadministrativo No. 1991 de 2006.
- Fotocopia de la Resolución 051/07.
- Copia del oficio de mayo 19 de 2008, dirigido al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial por la Comisión Colombiana de Juristas y su correspondiente respuesta.
- Copia del acta de posesión 003 de febrero 11 de 2009, del actor GUSTAVO DOMICO y otros miembros de la comunidad como Junta Directiva del Cabildo Local del Resguardo de CHIDIMA.
- Fotocopia del comunicado a la opinión pública de las autoridades indígenas de Caldas.
- Fotocopia de los escritos de marzo 5 y 19 de 2009, dirigidos al Defensor del Pueblo y a la Dirección de Asuntos Indígenas y de Minorías étnicas, por la Comisión Colombiana de Juristas.
- Fotocopia del Acuerdo 076 de 2008 del Consejo Asesor de Regalías.
- Oficio de febrero 18 de 2009, dirigido por el Alcalde de Acandí a Oscar Carupia – Comunidad de Chidima-.
- Oficio de la Defensoría del Pueblo de Bogotá, respondiéndole a la Comisión Colombiana de Juristas derecho de petición relacionado con el resguardo de Chidima.
- Oficio dirigido por la Defensoría del Pueblo al Coronel Juan Carlos Gómez, Director de Derechos Humanos y al Ministerio de Defensa Nacional, de abril 7 de 2009, relacionada con el sobrevuelo del helicóptero sobre el territorio del Resguardo Indígena de Chidima.
- Fotocopia del escrito de marzo 30 de 2009, dirigido por el Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas al Director de Regalías.

- Escrito dirigido por el Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas al Director de Regalías y al Alcalde Municipal de Acandí, de marzo 30 de 2009.
- Escrito de marzo 30 de 2009, dirigido al Director de Asuntos Indígenas y Minorías, por el Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas.
- Respuesta del Ministerio del Interior y de Justicia, de abril 21 de 2009, al abogado de Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas de Bogotá.
- Fotocopia del escrito de abril 22 de 2009, dirigido por la Coordinadora Grupo de Consulta Previa al abogado de Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas de Bogotá.
-Fotocopia del escrito de mayo 4 de 2009, dirigido por la Jefe del Estado Mayor de la Séptima División del Ejército Nacional, al abogado de Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas de Bogotá.
- Escrito de mayo 6 de 2009, dirigido por el Coronel J Alonso Díaz Gómez, en su condición de Segundo Comandante y JEM BR-17 al abogado de Protección Jurídica de la Comisión Colombiana de Juristas de Bogotá.
- Escritos de mayo 6 y 7 de 2009, dirigidos por la Comisión Colombiana de Juristas al Ministro de Agricultura el primero y al Ministro del Interior y de Justicia, el segundo.
- Escrito de mayo 7 de 2009, dirigido por la Defensoría del Pueblo a la Comisión Colombiana de Juristas.
- Oficio de abril 13 de 2009, dirigido al Defensor Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas por el Departamento Nacional de Planeación.
- Fotocopia del oficio de abril 20 de 2009, dirigido a la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas por el Coordinador de Grupo de Instrucción y Seguimiento de la Política.
- Fotocopia de escritos dirigidos al Defensor del Pueblo para Indígenas y Minorías Étnicas, por la Comisión Colombiana de Juristas, de mayo 15 y 20 de 2008.
- Fotocopia del escrito de mayo 20 de 2009, dirigido por la Defensoría del Pueblo a la Comisión Colombiana de Juristas.
- Fotocopia del escrito de mayo 20 de 2009, dirigido por la Defensoría del Pueblo al Defensor Delegado para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas.

IV. INTERVENCIONES AMICUS CURIAE EN SEDE DE REVISIÓN.

De forma posterior a la selección para revisión del expediente de la referencia, distintas organizaciones y ciudadanos presentaron escritos coadyuvando las pretensiones de la acción de tutela, las cuales se relacionan a continuación.

1. Intervención del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (DeJuSticia).

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas, Nelson Camilo Sánchez León y Luz María Sánchez Duque, a nombre del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJuSticia-, obrando en

calidad de ciudadanos colombianos, presentaron escrito con el propósito de coadyuvar básicamente con dos argumentos. En primer lugar, sostienen que en el caso concreto de los pueblos Embera – Katío y Embera – Dobida que habitan los resguardos Chidima Tolo y Pescadito se violó el derecho fundamental a la consulta previa por la no realización de la consulta antes del inicio de actividades con respecto a los tres proyectos objeto de la tutela: la construcción de la vía Acandí- Unguía, el proyecto de interconexión eléctrica de la empresa Interconexión Eléctrica S.A. y las actividades de prospección minera de la empresa Gold Plata.

Lo anterior, de conformidad con la normativa internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad sobre consulta previa a los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según las cuales para que una consulta previa sea válida debe realizarse con anterioridad a la adopción de medidas susceptibles de generar impactos en los pueblos indígenas.

De acuerdo con estos estándares, estiman los intervinientes que la consulta debe realizarse en el momento en que se prevean las medidas y en todo caso antes de que se comiencen a generar impactos. Por ello recomiendan a la Corte Constitucional ordenar la suspensión de los tres proyectos hasta que se realice la consulta de manera ajustada a los estándares internacionales y a la jurisprudencia Constitucional.

En segundo lugar sostienen que el Estado colombiano, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana, tiene el deber de proteger de manera efectiva los derechos territoriales de los pueblos Embera Katío del resguardo Chidima Tolo y Pescadito, de manera que se proteja el vínculo de estos pueblos con su territorio y su integridad étnica y cultural. En el caso concreto, este deber del Estado se materializa en la protección de los pueblos indígenas frente a la invasión de colonos, lo que implica tomar medidas disuasivas y sancionatorias.

Además, dado que uno de los factores que aumenta el riesgo de colonización es la titulación fragmentada del resguardo Chidima Tolo, sugieren a la Corte Constitucional adoptar la recomendación de la Comisión de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre la necesidad de unificar en un solo globo de terreno los tres lotes del resguardo Chidima Tolo.

Para presentar estos dos argumentos la intervención fue planteada en cuatro partes.

(i) El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto el mandato constitucional que ordena la consulta previa debe interpretarse tomando en consideración lo establecido por el mencionado Convenio, tal y como lo ordena el artículo 93 de la Carta, que señala que los

derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

(ii) Las reglas constitucionales básicas acerca de la manera como se debe adelantar la consulta, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en este campo.

(iii) Las anteriores reglas no fueron respetadas por los tres proyectos en cuestión de manera que existe la obligación del Estado de proteger a través de diferentes medios los derechos territoriales de los pueblos indígenas para garantizar efectivamente su integridad étnica y cultural; y

(iv) Recomendaciones a la Corte Constitucional en relación con las órdenes cuya adopción estiman pertinente para la protección de los derechos invocados en la tutela.

2. Intervención del Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep).

Mauricio García Durán, a nombre del centro de investigación referido, manifiesta que el territorio, más que una enunciación jurídica o geográfica, tiene para las comunidades indígenas un sentido comunitario y cultural representativo de su historia y de su existencia, de la forma como ven y entienden la vida, constituyendo así una relación espiritual y sagrada con el mismo como ya lo ha reconocido la Corte Constitucional.

Plantea que de forma expresa la Carta Constitucional, acogiendo lo establecido en el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos. Por lo que deben ser consultados sobre la realización de obras de construcción o actividades que se pretendan realizar dentro de sus territorios, buscando así proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Expuso que la trasgresión de la garantía del derecho al territorio puede poner en situación inminente de riesgo a la comunidad, así como ocasionar daños irreparables a la misma afectando la perdurabilidad de su autonomía cultural y social respecto de la relación directa y entrañable que generan los individuos con su espacio físico en la que desarrollan y fundamentan sus actividades económicas, sociales y culturales. Esta situación no es susceptible de ser evaluada como una tensión entre el interés general y el particular, sino que se refiere a la garantía integral de los derechos fundamentales de un colectivo humano.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos y aquellos presentados por los demandantes, recomienda a la Corte Constitucional que tutele los derechos fundamentales a la vida, a la consulta previa y derecho a la participación, a la propiedad colectiva, a la diversidad étnica y cultural, al debido proceso y el

derecho a no ser desplazado o a estar en riesgo de desplazamiento, de las personas pertenecientes a la comunidad Embera-Katío dentro de los Resguardos de Pescadito y Chidima-Tolo.

3. Intervención de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental y del Proyecto Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Gloria Amparo Rodríguez, en calidad de Directora de la línea de investigación en Derecho Ambiental y del Proyecto Cátedra Viva Intercultural, en compañía de la asistente de investigación Luz Ángela Patiño presentaron escrito coadyuvando la acción de tutela.[5]

Señalan que el pueblo de Colombia como lo establece el preámbulo de la Constitución se encuentra circunscrito en un ámbito participativo, el cual es vinculante; por consiguiente, este derecho a la participación de las comunidades indígenas se ve concretado cuando la Carta dispensa una protección especial al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan.

Precisan que la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, para pronunciarse sobre medidas (legislativas y administrativas) que se vayan a realizar dentro de sus territorios.

Afirman que en el caso concreto la consulta previa no fue realizada respecto de ninguno de los proyectos ni obras de infraestructura planificadas, por lo que se hace indispensable establecer un requisito para su realización, la cual debe responder a un proceso de concertación y definición entre las comunidades y el gobierno.

En los escritos se hizo referencia a la protección del medio ambiente como papel preponderante en el caso sub examine, argumentando que se debe tener en cuenta la función ecológica de la propiedad y el sentido que la biodiversidad tiene para los pueblos indígenas y la protección de los conocimientos que los pueblos indígenas poseen sobre plantas medicinales, técnicas de cultivo, mejoramiento de alimentos, etc.

En cuanto al tema del riesgo de desplazamiento por la ausencia de protección de sujetos vulnerables, puntualizan que el impacto del desplazamiento forzado sobre los pueblos indígenas radica en que entremezcla facetas individuales con facetas colectivas de afectación, es decir, surte impactos destructivos tanto sobre los derechos individuales de las personas pertenecientes a las etnias

[5] Estudiantes de la asignatura referenciada presentaron en distintas fechas escritos de acompañamiento y coadyuvancia en el que bajo similares argumentos trataron los temas presentados por la directora de la línea de investigación. Ellos fueron Mario Eduardo Maldonado Smith, Kasokaku Busintana Mestre Izquierdo y Paola Marcela Iregui Parra.

afectadas, como sobre los derechos colectivos de cada etnia a la autonomía, la identidad y el territorio.

Agregan que los pueblos indígenas desplazados viven en estado de total desubicación por la ruptura cultural y lingüística que ello conlleva y la inserción abrupta en entornos urbanos y de miseria a los que son completamente ajenos.

Por consiguiente, señalan que al realizarse tres proyectos de gran impacto dentro de su territorio, como son la construcción de una vía, la interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá, y la concesión minera en el municipio de Acandí, demanda de las autoridades la mayor atención y diligencia por lo que es necesario que se tutelen los derechos de estas comunidades y por tanto se exhorte a todas las instituciones del Estado a realizar acciones específicas para que cese la situación de vulnerabilidad de estas comunidades.

Enfatizan en que la consulta no implica sólo escenarios de información o simples reuniones o audiencias con las comunidades étnicas. Que tampoco son procedimientos de simple concertación como lo señala el Consejo de Estado y que el gobierno debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de las comunidades interesadas, una acción coordinada que permita, entre otros, el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales, por lo cual deben consultarlas con el fin de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarlos, con miras a preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Por último, sugieren que el Estado debe contar con políticas claras frente al tema, por lo que es necesario tener presente diversas instancias como las organizaciones de base, las regionales, la mesa de concertación, las autoridades tanto indígenas como afro-colombianas y sus representantes legítimas, así como la presencia de los demás miembros de las comunidades, dado que la consulta es obligatoria y debe ser previa a la toma de la decisión.

4. Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ).

4.1 La representante judicial de la Comisión referida allegó escrito dando a conocer algunos hechos que acaecieron de forma posterior a la interposición de la acción de tutela producto del trabajo de acompañamiento y representación que adelantan a nombre de las comunidades accionantes.

El escrito informa que en agosto del año anterior solicitaron a la Procuraduría General de la Nación información acerca de las acciones desplegadas luego de la visita realizada a la zona por un funcionario de la Delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos. En su respuesta, de fecha 24 de febrero del año en curso, el Delegado para la

prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos les remitió copias de las comunicaciones que envió tanto a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares como al grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia y a la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo sostenible del Chocó –CODECHOCO-.

Agrega que en enero del presente año recibió comunicación de la misma Delegada en la que les informa que se remitió comunicación a la Alcaldía de Acandí, en la que se solicita información acerca de si se ha realizado o no la consulta previa para la construcción de la carretera y le pide de información acerca de los trámites llevados a cabo para la consecución de la licencia ambiental.

Comenta que a pesar del interés manifestado por la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa por realizar el proceso de consulta, ésta no se ha realizado mientras que sí se ha avanzado significativamente en el proceso de contratación y destinación de recursos para las obras proyectadas, incluso aún antes de iniciar el proceso de certificación de comunidades étnicas para realizar la consulta. Esta situación conlleva a cristalizar una situación de hecho que a su juicio convierte la consulta previa en un mero trámite formal.

De otra parte informa que el 15 de enero del año en curso la CCJ fue informada por parte de algunos integrantes de la comunidad de Chidima acerca de la presencia de personas uniformadas dentro del territorio del resguardo, situación que fue transmitida a la Defensoría del Pueblo.

Señala que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (Ceacr), en cuanto a las comunidades Embera Pescadito y Chidima, en el Norte del Chocó expidió una nueva recomendación en la que la Comisión reitera al gobierno colombiano:

> "(…) tomar medidas urgentes para poner fin a toda intrusión en las tierras de los pueblos Embera Katío y Dóbida y a suspender las actividades de exploración, explotación y la implementación de proyectos de infraestructura que les afectan en tanto que no se proceda a la plena aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio. Solicita igualmente una vez más al Gobierno que tome medidas para unir los tres lotes del resguardo Chidima en la medida en que hubiera habido ocupación tradicional y garantice la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos referidos conforme al artículo 14, 2), del Convenio".

Agrega que al igual que con el primer pronunciamiento, hasta ahora las autoridades encargadas de la protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas parecen no estar interesadas en acatar las observaciones. En cuanto a la proyección de la línea de transmisión de energía para el proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá, manifiesta que por averiguaciones hechas ante la compañía encargada del proyecto, la línea se utilizaría sólo para venta de energía a Panamá y no para surtir de esta a los municipios colombianos que atraviesa.

Adiciona que sobre dicho proyecto de interconexión eléctrica el Presidente Álvaro Uribe Vélez sostuvo con su homólogo panameño Martín Torrijos una reunión, el 1 de abril de 2009 en Panamá, en la cual el primer mandatario colombiano declaró:

> "Nuestra gratitud al Presidente Martín Torrijos por su gran interés, su persistencia para que saquemos este proyecto adelante. A los gerentes de Etesa en Panamá, de ISA de Colombia, Isaac Castillo y Luis Fernando Alarcón. Nuestra gratitud a los Ministros. Al Ministro Hernán Martínez, a los Ministros de Gabinete de Panamá, a nuestros Embajadores. (...) Qué bueno que esto vaya tomando cuerpo. Son muchos años de lucha. Qué bueno que ya estén en una etapa que podríamos llamar de estudios finales. Y que de acuerdo con lo que nos han dicho el doctor Luis Fernando Alarcón y el doctor Isaac Castillo ya a principios del año entrante veamos obra".[6]

Según la CCJ, la declaración del Presidente de Colombia revela que sobre esta iniciativa existen estudios avanzados, a lo que se suma el Acta de Intención suscrita por ambos gobiernos el 1° de agosto de 2008, en la ciudad de Cartagena, y en la cual se asevera que:

> "Motivados por el interés de sus Gobiernos en consolidar un esquema de interconexión eléctrica bilateral que redunde en beneficio del progreso y desarrollo de sus países (...); 4. Las autoridades ambientales agilizarán la expedición de los permisos ambientales necesarios para la construcción de la infraestructura que permitirá la interconexión binacional"[7].

Concluyó manifestando que según lo aseverado por las autoridades, el estudio de impacto ambiental ya debió comenzar, y el mismo prevé la realización de las consultas previas con los grupos étnicos afectados por la obra. No obstante, afirma que no se han efectuado tales consultas.[8]

4.2 El 17 de febrero de 2011 la Comisión Colombiana de Juristas allegó escrito en el que informa de la existencia del informe publicado por la Asociación de Cabildos indiginas Wounaan, Embera Dobida, Katío, Chamí, y Tule del Chocó, en el que se informa que sus comunidades se encuentran minados, lo que les ha provocado un alto grado de confinamiento y por ende el ejercicio de sus derechos. Informa que a finales del año pasado y a inicios del 2011 visitaron a las comunidades, las cuales le manifestaron sus preocupaciones por la presencia de actores armados ilegales, amenazas contra la vida de sus líderes, vulneración de su derecho a la consulta, a la participación y la salud.

---

[6] http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/abril/01/18012009.html.

[7] Acta de Intención suscrita por los Presidentes de la República de Colombia y la República de Panamá el 1° de agosto de 2008, Cartagena de Indias.

[8] El escrito fue acompañado con los soportes de la documentación referida y documentos informativos de apoyo como el informe adelantado por los ingenieros Andrea Torres y Ernesto Parra Díaz sobre el levantamiento de ocupación del suelo de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito de Acandí, Departamento del Chocó en abril de 2008. (Todos los documentos incluidos el escrito referenciado se encuentran en los folios 182 a 287 del cuaderno de revisión).

De otra parte denuncian aspectos relacionados con cultivos ilícitos, avisos del gobierno frente al territorio y la restitución de tierras a terceros, la construcción de la carretera, dificultades con autoridades civiles y militares, explotación ilegal de oro, amenazas contra líderes de la comunidad, afecciones de salud y el caso de negligencia médica que originó el fallecimiento de la señora Rosa Domicó el 26 de noviembre de 2010.

V. DECRETO DE PRUEBAS EN SEDE DE REVISIÓN.

Por Auto del 03 de mayo de 2010, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, atendiendo la necesidad de documentarse sobre los supuestos de hecho y de derecho que originaron la acción de tutela de la referencia, al igual que con el fin de garantizar el principio de participación democrática por los intereses que se encuentran involucrados en el caso sometido a revisión, dispuso la práctica de pruebas que permitiesen obtener elementos de juicio para adoptar la decisión definitiva. Para tal fin resolvió:

> "**PRIMERO.- INVITAR** al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a las facultades o programas de Antropología de las Universidades Nacional de Colombia, de Antioquia, del Magdalena, del Cauca, ICESI, de Los Andes y Javeriana, al igual que a la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo (Fedesarrollo), a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Cámara Colombiana de Minería, a la Cámara Colombiana de la Infraestructura para que en el término de 20 días calendario contados a partir de la notificación del presente auto, si lo consideran pertinente, emitan su opinión sobre la demanda de la referencia, para lo cual se les enviará copia de la misma por intermedio de la Secretaría General.
>
> **SEGUNDO.-** Las respuestas a lo consultado serán enviadas a la Secretaría de la Corte Constitucional con los respectivos soportes de la información solicitada. Igualmente, serán remitidas al correo electrónico: ( ).
>
> **TERCERO.- CITAR** al señor Oscar Carupia Domicó y a la señora Rosa Domicó, actores en el presente proceso, para que rindan declaración ante el Despacho del suscrito magistrado sustanciador, sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la demanda.
>
> La declaración se recibirá el lunes veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010) a las 2:00 p.m en las instalaciones del Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó), y su recepción estará a cargo de los funcionarios del despacho del magistrado sustanciador, doctores Javier Tobo Rodríguez y Juan Camilo Herrera Prieto, a quienes se delega para tal efecto en virtud de lo establecido en el literal f del artículo 16 del Acuerdo Núm. 05 de 1992, que contiene el reglamento de la Corporación.
>
> **CUARTO.- CITAR** a los señores Eliécer Chamarra y Gustavo Domicó gobernadores de los resguardos Chidima y Pescadito respectivamente, para que rindan testimonio sobre los hechos que dieron lugar a la acción que motivó el presente proceso.
>
> Los testimonios se recibirán el lunes veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010) a las 2.45 p.m. en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó), y su recepción estará a cargo de los funcionarios del despacho del magistrado sustanciador, doctores Javier Tobo Rodríguez y Juan Camilo Herrera Prieto, a quienes se delega para tal

efecto en virtud de lo establecido en el literal f del artículo 16 del Acuerdo Núm. 05 de 1992, que contiene el reglamento de la Corporación.

QUINTO.- CITAR al Personero Municipal del Municipio de Acandí señor Gabriel Olivares Vélez para que rinda testimonio ante el Despacho del suscrito magistrado sustanciador, sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda que motivó el presente proceso.

La declaración se recibirá el lunes veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010) a las 3.30 p.m en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó), y su recepción estará a cargo de los funcionarios del despacho del magistrado sustanciador, doctores Javier Tobo Rodríguez y Juan Camilo Herrera Prieto, a quienes se delega para tal efecto en virtud de lo establecido en el literal f del artículo 16 del Acuerdo Núm. 05 de 1992, que contiene el reglamento de la Corporación.

SEXTO.- CITAR a los señores Rafael Pérez, John Jairo Naranjo, Samuel Palencia, Esteban Florido, Alfonso Torres, Ramón A. Tamayo, Denis Petro, Saúl de Jesús Ricardo, Pedro Luís García, Julián Osorio y Omar Fajardo para que, rindan testimonio ante este Despacho sobre la presunta ocupación de tierras en territorios de los resguardos indígenas Chidima-Tolo y Pescadito.

Los testimonios se recibirán el lunes veinticuatro (24) de mayo de dos mil diez (2010) a las 4:00 p.m. en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó), y su recepción estará a cargo de los funcionarios del despacho del magistrado sustanciador, doctores Javier Tobo Rodríguez y Juan Camilo Herrera Prieto, a quienes se delega para tal efecto en virtud de lo establecido en el literal f del artículo 16 del Acuerdo Núm. 05 de 1992, que contiene el reglamento de la Corporación.

SÉTIMO.- Con el propósito de tener un mejor conocimiento de los hechos que ocasionaron la presente acción de tutela y de la situación social, cultural y económica en la que se encuentra la Comunidad indígena implicada, para el martes veinticinco (25) de mayo de 2010 se propone concertar la práctica de una inspección judicial en la zona del resguardo.

OCTAVO.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo disponer de un funcionario que tenga conocimiento sobre la problemática de la zona y que sirva de acompañamiento a la diligencia descrita en el numeral anterior.

NOVENO.- COMISIONAR al Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó), para que a través suyo se surtan las notificaciones a todas las personas que mediante esta providencia se citan a ese Despacho judicial.

DÉCIMO.- Con el fin de conformar el legitimo contradictor y atendiendo a que lo que se decida en este proceso podría afectar los intereses del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), **ORDENAR** que por Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento del representante legal del Incoder o quien haga sus veces, el contenido del expediente T- 2451120 para que dentro de los ocho (08) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela en lo que corresponda a su competencia.

ONCEAVO.- Por secretaría general **NOTIFICAR** a los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, del Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, de las alcaldías de Unguía y Acandí, a la Corporación

Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), al Ejército Nacional, a la Brigada XVII y a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, accionadas en el asunto de la referencia sobre lo decidido en el presente Auto.

Adicionalmente, **ORDENAR** a las entidades descritas, informar a esta Corporación en el término de quince (15) días, cuál es el estado de los proyectos o diligencias que se están adelantando en lo que concierne a lo de su competencia y/o que corresponda con los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, es decir, en lo relacionado con los proyectos que se desarrollarían en los resguardos, tales como: **(i)** la construcción y/o mantenimiento de la vía que conectaría los municipios de Acandí y Unguía, **(ii)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, **(iii)** las actividades de prospección minera de la empresa Gold Plata en la zona, y **(iv)** la presunta invasión por parte de terceros a territorios de los resguardos.

DOCEAVO.- SUSPENDER el término para fallar el asunto de la referencia, hasta tanto se practiquen las pruebas y valoren los informes solicitados."

Atendieron la invitación realizada por la Corte: Diego Herrera, Director del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh); Roberto Suarez Montañez, Director del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes (allegó concepto emitido por el profesor Daniel Aguirre L); Socorro Vásquez, directora del Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana; Luis Carlos Villegas Echeverri, por la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (Andi); Robert VH Dover, Yulieth Teresa Hilón Vega y Gloria Patricia Lopera, por el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia.

1. Intervención del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh).

El director del referido instituto centró la intervención en resaltar las relaciones socioculturales que pueden estar implicadas en esta demanda y los riesgos que podrían presentarse para las comunidades accionantes en relación con el conflicto armado que vive el país.

Considera que las situaciones descritas por la problemática planteada contra el Ministerio de Transporte y demás entidades del Estado vulneran derechos fundamentales de las comunidades accionantes porque: (i) existen elementos fácticos para sostener que el paso de la carretera Unguía-Acandí a la altura de los resguardos Emberas de Pescadito y Chidima Tolo debe ser construida, con todas las afectaciones esperadas, y, por lo tanto, el proceso de consulta previa es necesario en ese caso; (ii) no se puede entender el "interés general", "el desarrollo" o el "progreso" que traen las obras de infraestructura como procesos aislados de las particulares significaciones socioculturales que las comunidades locales e implicadas por dichas obras les dan a los procesos.

Según el Icanh, las intervenciones pueden generar fractura de las relaciones sociales y de producción de una comunidad, por lo que el Estado debe poner todas las herramientas a su alcance para garantizar la participación de esta de

manera equitativa y atendiendo a sus propios requerimientos sociales, políticos, económicos y ambientales. Resalta y enfatiza que la participación del ejército en la construcción de la carretera, más que desafortunada, es francamente riesgosa para la integridad de las comunidades indígenas involucradas. Además de haber iniciado actividades sin el consentimiento ni consulta previa de éstas, la sola posibilidad de que ahora los miembros del ejército la lleven a cabo se convierte en un peligro para los habitantes de los resguardos de Pescadito y Chidima Tolo, pues los involucra en el conflicto armado, aún presente en la zona. Por esas razones, considera que se debería evitar a toda costa la ejecución de esa obra por parte del ejército.

Concluye que las anteriores consideraciones llevan a afirmar que la tutela interpuesta por las comunidades Emberas de los resguardos de Pescadito y Chidima Tolo, no solo es conducente, sino urgente.

2. Intervención del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes.

El concepto se dividió en dos acápites. Inicialmente realizó una reseña del trámite de tutela del caso bajo estudio señalando los argumentos de cada uno de los actores y los fundamentos fácticos y jurídicos de los jueces de instancia. Posterior a ello centró su intervención en resaltar la importancia de las comunidades indígenas y el aporte que estas hacen a la realidad social y cultural de nuestro país.

En relación con las comunidades indígenas involucradas en el presente conflicto, realiza la siguiente radiografía de las características de los indígenas Embera:

> *"(...) Aunque los Embera sean el tercer grupo étnico más numeroso del país (alrededor de 70.000 hablantes), la gran movilidad que los caracteriza y por la cual se han dispersado principalmente por el norte de la zona andina y el occidente del país, junto a la violencia generalizada que ha alcanzado muchos de sus territorios, los ha llevado a atomizarse en cada vez más pequeñas comunidades, donde sobreviven en medio de otras etnias aborígenes o afrocolombianas o se enfrentan a mestizos en zonas de amplia colonización; y en no pocas ocasiones ven amenazada su existencia como grupo, llegando incluso a desintegrarse en familias, que migran presurosa y azarosamente a los centros urbanos, huyendo de los neo-colonos que arrebatan sus tierras y/o de las grandes empresas que arrasan sus territorios en busca de recursos naturales, los Embera del noroeste chocoano son uno de esos grupos y fueron recientemente incluidos por el relator de las Naciones Unidas, R. Stavenhagen, entre los 34 grupos aborígenes más vulnerables del país y en serio peligro de extinción."*

Manifiesta que se van a cumplir ya 20 años de haber reconocido oficialmente nuestra multiculturalidad y diversidad étnica, y lejos se está de haber asimilado el hecho a cabalidad y de actuar en consecuencia. Los hechos que nutrieron las dos instancias falladas negativamente en la acción de tutela de la referencia son una clara muestra de la apreciación que aún tenemos sobre los pueblos aborígenes sobrevivientes del país, pues reflejan ante todo un abierto rechazo a

su pensamiento y un agudo desprecio a sus opiniones, inclusive en lo que atañe a su propio bienestar y supervivencia.

Estos hechos, resumidos en respuesta a la acción de tutela puesta por los representantes de los dos resguardos Embera del municipio de Acandí en el Chocó, a todas luces en creciente hostigamiento por las empresas multinacionales encargadas de ejecutar los proyectos planeados en sus territorios, las autoridades locales, los militares y en general los colonos de los alrededores, dejan ver qué lejos estamos de poder llevar a cabo el contenido de nuestra Carta Magna o de Convenios Internacionales, como el Convenio 169 de la OIT. En cuanto a los instrumentos puntualizan que estos abogan por un trato digno y respetuoso por las sociedades milenarias, que milagrosamente aún nos acompañan y que, muchos han entendido ya, son valiosos testimonios de nuestra variada especie, la cual enriquecen con su alteridad y ennoblecen con su profundo conocimiento de la naturaleza, fruto de milenios de observación en vivo y en directo. Al respecto señala:

> *"Los colombianos deberíamos sentirnos orgullosos de estos pueblos ancestrales cuyos atropellados descendientes aun nos acompañan. Es una lástima que nos acerquemos a ellos para explotar sus riquezas naturales y el paisaje que han conservado y no para aprender de su milenaria sabiduría agonizando junto con sus ancianos. Más aprecian muchos extranjeros el inmenso tesoro mental y cultural que tenemos en nuestro país al reunir tantas visiones alternas de la naturaleza, del universo, de los seres."*

Realiza un estudio detallado de una parte por la cultura occidental y de otra por las comunidades indígenas, de los términos técnicos utilizados, señalando reflexiones sobre la marcada diferencia de encarar las situaciones, conceptos y desafíos planteados en los conflictos presentados en el choque de culturas y visiones. Para ello expuso referencia de autores especializados en la materia a los cuales se hará referencia más adelante.

Concluye resaltando que la ley dispone que la consulta debe "efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias". Es decir, que el Estado debe contar con mecanismos que le permitan determinar y analizar si las medidas administrativas propuestas afectan los intereses de los pueblos indígenas y en qué magnitud se pueden iniciar procesos especiales anticipados a la adopción de las mismas. Significa lo anterior que el Estado determinará procedimientos especiales de consulta según la naturaleza de la medida, el impacto en los pueblos indígenas y la naturaleza de los derechos involucrados, siempre con la finalidad de obtener el consentimiento o acuerdo de las comunidades afectadas.

3. Intervención del Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana.

La Directora del Instituto de Antropología de la Universidad Javeriana inicia su intervención efectuando una introducción sobre el papel que representan las comunidades indígenas en el contexto de la sociedad Colombiana, resaltando la

importancia de la existencia de éstas y señalando los fundamentos jurídicos que sirven de base para la protección de los derechos de dichas comunidades.

De una parte centra su intervención en aspectos puntuales como (i) la necesidad de determinar el alcance del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el contexto de la construcción de obras viales que afecten su derecho a la propiedad colectiva sobre el resguardo que habitan; (ii) la pertinencia de realizar un juicio de proporcionalidad en el cual se ponderen los intereses de las municipalidades de Acandí y Unguía en la construcción del tramo faltante de la vía que los interconecta frente a la protección a los derechos de la etnia Embera en atención al modelo Pluriétnico y Multicultural del Estado Social de Derecho colombiano; (iii) determinar si es procedente realizar la consulta previa frente a la eventual imposición de una servidumbre eléctrica en desarrollo de un proceso binacional de interconexión, en el ámbito del licenciamiento ambiental del mencionado proyecto; y (iv) ponderar el interés en dicha interconexión con el derecho a la subsistencia cultural y material del pueblo Embera.

De otra parte se refirió al problema desde el punto de vista antropológico, manifestando que diferentes estudios en Colombia y en el mundo han demostrado que los efectos de la ejecución de cualquier proyecto de infraestructura o desarrollo tienen consecuencias que alteran y amenazan las formas de vida y la pervivencia de los pueblos indígenas, especialmente cuando tales proyectos son impuestos sobre las necesidades del desarrollo que se han propuesto y que han definido los pueblos indígenas para sí mismos.

En el caso del pueblo Embera, hace referencia a dos antecedentes importantes, en los cuales las investigaciones han demostrado que el desconocimiento del derecho a la consulta previa condujo al despojo territorial, la pauperización y la parcial desaparición de los Embera-Katío. En referencia a la explotación del oro y la disputa por el control privado de la misma en los resguardos Embera del Alto Andágueda y a la dramática inundación de las tierras del pueblo Embera-Katío del alto Sinú, en el municipio de Tierralta, a través de la autorización de una licencia ambiental para tal proyecto.

Concluye resaltando la necesidad de realizar el proceso de consulta previa ante las autoridades indígenas de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, en lo referente a la concesión de licencias para la extracción minera en los mismos resguardos. Considera que el impacto sobre los pueblos indígenas de la imposición de la carretera, la interconexión eléctrica y la extracción de recursos mineros, amenaza la pervivencia del pueblo Embera-Katío de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito.

Finalmente señala que el derecho a la consulta previa ha sido creado para lograr procesos y formas de desarrollo que no impidan la supervivencia de los pueblos indígenas y cumplir con el principio constitucional de proteger al Estado-Nación de Colombia, a través de la protección de los pueblos indígenas

que lo constituyen; de ahí la responsabilidad que le atañe al Estado de proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y fomentar su protección y desarrollo.

4. Intervención de la Asociación Nacional de Industriales (Andi).

El Presidente de la antedicha asociación realizó un análisis del material probatorio allegado al proceso sintetizando que estos no permiten concluir la afectación en la vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual de los miembros de las comunidades indígenas.

En cuanto a la construcción de la vía Acandí- Unguía, señaló que mientras no exista prueba, al menos sumaria, de la afectación directa de la obra sobre los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas, no debe proceder la consulta previa prevista para tales eventos.

Respecto a los proyectos de interconexión eléctrica de la empresa Interconexión Eléctrica S.A. y las actividades de prospección minera de la empresa Gold Plata, concluye que estos, al encontrarse en etapa preliminar, no evidencian vulneración alguna a los derechos de las comunidades indígenas; por tanto estas aún pueden participar en la toma de las decisiones referente a los proyectos antes mencionados.

Concluye de forma general que en la medida en que tales proyectos requieren licencia ambiental, las comunidades indígenas, en igual forma que los demás sectores de la población colombiana, tendrán oportunidad de intervenir en los procesos para emitir dichas licencias.

5. Intervención del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia.

El identificado ente académico en un amplio concepto relacionado con el caso sometido a revisión. Para ello se basaron en entrevistas con el personal de la empresa ISA y con integrantes de la Comisión de Territorio de la Organización Indígena de Antioquia (OIA).

En cuanto al caso concreto se refiere mayoritariamente al proyecto de interconexión eléctrica binacional Colombia – Panamá. De otra parte aborda los argumentos expuestos por las entidades accionadas y la forma como los jueces de instancia resolvieron el caso. Así, afronta la discusión desde el punto de la estigmatización de ejercer un derecho, bajo los siguientes tópicos:

> "1) La concepción que se refleja en la decisión del Tribunal de primera instancia, expresa la tendencia a considerar que cuando los grupos étnicos reclaman un derecho que, como la consulta previa, les pertenece por ser grupos vulnerables por motivos sociales e históricos, están obstaculizando el bien común. Esta concepción desconoce que los grupos étnicos, al igual que cualquier otro grupo social, también son

patrimonio histórico y social de la nación, y que su bienestar contribuye a la construcción de una identidad nacional incluyente.

2) Que el reconocimiento del derecho a la consulta obviaría un hecho importante sobre el concepto de un país pluriétnico y multicultural y es que las múltiples epistemologías representadas en los grupos étnicos no son "worldviews" exóticas territorialmente relegadas, sino pensamientos que deben entrar en el debate público sobre el desarrollo del país y sus regiones porque representan patrimonios inmateriales transversales. Por ello, estas voces no deben permanecer confinadas en el ámbito territorial reconocido a indígenas y afrodescendientes, para solo tener derecho a ser escuchadas cuando algún proyecto impacte de manera directa y específica sus territorios.

3) Que una consecuencia paradójica del reconocimiento del derecho a la consulta previa de los grupos étnicos, cuya realización, por otra parte, constituye un deber del estado, es que cuando estas comunidades se movilizan para reclamarlo son objeto de represalias por parte de otros actores sociales que ven afectados sus intereses y culpan a las comunidades por las mayores exigencias que deben satisfacer para obtener las licencias que les permitan desarrollar los proyectos objeto de consulta previa. Represalias que, en casos extremos pero no infrecuentes, involucran la actuación de grupos armados ilegales.

4) Por lo anterior, quien reclama el derecho a la consulta previa tiende a ser estigmatizado. No es un derecho que se ejerce automáticamente, gracias a que las entidades estatales encargadas de garantizarlo cumplan con su función, sino que las comunidades se ven en la necesidad de movilizarse para reclamarlo a través de herramientas que, como la acción de tutela, están diseñadas para operar cuando se ha vulnerado o se amenaza con vulnerar un derecho fundamental. Esto es consecuencia, entre otros factores, de la falta de claridad sobre el momento en que debe tener lugar la consulta previa y sobre las responsabilidades específicas que corresponden a las entidades estatales a quienes compete autorizar y vigilar el desarrollo de los proyectos que deben ser objeto de consulta. Ello se comprueba en el presente caso, donde todas las entidades citadas en el expediente evaden su responsabilidad como garantes del derecho a la consulta previa y, en consecuencia, afirman que no les corresponde comparecer como demandadas en la presente acción de tutela.

En definitiva, este caso muestra como a las minorías étnicas se les está cargando con todo el peso de cuestionar ante los tribunales los impactos ambientales y sociales que generan estos grandes proyectos de infraestructura, cuyos efectos negativos no recaen solo sobre estas poblaciones sino sobre todos. Ello debido a falta de compromiso de las entidades estatales con la defensa de estos intereses que, como ya se ha dicho, trascienden a las comunidades y también forman parte del bien común."

Posteriormente se refiere a la discusión desde el punto de vista de la protección de las comunidades versus el desarrollo económico y de infraestructura. Del mismo modo hace referencia al reconocimiento del derecho del "otro", invitando a incorporar los discursos de la otredad como parte integral y no subalterna de la construcción del Estado-Nación. Conforme a todo lo expuesto, concluye:

"1) llama la atención sobre la gran divergencia que existe entre los estándares de consulta previa desarrollados por la jurisprudencia constitucional y los instrumentos de derecho internacional (Convenio 169 de la OIT, Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas) y la legislación infraconstitucional. Esta última concibe la consulta previa como un trámite circunscrito al procedimiento de obtención de licencias ambientales,

que tiene lugar en una fase ya avanzada de diseño de los proyectos (en el momento de realizar el Estudio de Impacto Ambiental). Este caso pone de manifiesto que las entidades estatales (Ministerio de Minas, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio del Interior y de Justicia, Municipio de Acandí, ISA, Ejército Nacional), hacen caso omiso de los desarrollos constitucionales y de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de consulta previa para, en su lugar, aplicar una legislación que estandariza y no está acorde con tales exigencias.

2) En consecuencia, la Corte debe ocuparse de precisar el momento en el que surge la obligación de llevar a cabo la consulta previa. Con el fin de que dicho instrumento realmente sirva para incorporar las epistemologías de los grupos étnicos y subalternos a la discusión misma sobre el desarrollo, al diseño de los proyectos que van a impactarlos y a la decisión sobre su ejecución, el momento de la consulta previa no debe diferirse hasta la etapa de realización de Estudios de Impacto Ambiental, sino que debe tener lugar desde el primer momento que las entidades ajenas a las autoridades de la comunidad pisan su territorio con fines indagatorios. Lo anterior con el fin de que la consulta no se vea reducida, como hasta ahora, a un trámite para medir impactos y negociar los términos para mermarlos u obviarlos, en lugar de aspirar a construirse como un foro de interculturalidad.

3) Una de las razones que motivó la escogencia de esta acción de tutela para revisión fue la necesidad de fijar un protocolo de actuación por parte de los jueces de instancia al momento de decidir casos en los que se litigue el derecho a la consulta previa, considerando que estas suelen ser negadas porque las comunidades no logran probar, dentro de los parámetros reconocidos por esas instancias, los impactos negativos de los proyectos sobre los que reclaman ser consultados.

4) Hay una paradoja cuando las entidades territoriales del orden local, como en este caso el municipio de Acandí, que tendría que velar por los intereses de todas las personas que habitan en su jurisdicción, entre ellas de los grupos étnicos y vulnerables, es la misma entidad que reclama ejecutar proyectos de infraestructura en cuya decisión no han intervenido todos los que se verán afectados por dichos proyectos. El espacio de discusión que un proyecto convoca debe ser el escenario propicio para incluir a las epistemologías diversas de los grupos étnicos y vulnerables que habitan, en este caso el municipio de Acandí, en el debate sobre el desarrollo local, razón por la cual la Corte debería instar a las autoridades del orden municipal a incluirlas desde el comienzo en este debate."

6. Inspección judicial efectuada por la Corte Constitucional.

Conforme a lo ordenado en el auto del 03 de mayo de 2010, los funcionarios delegados por la Sala Quinta de Revisión se desplazaron al municipio de Acandí (Chocó) el lunes 24 de mayo del presente año. Una vez allí procedieron, en las instalaciones del Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí, a recibir algunas de las declaraciones y testimonios ordenados. Al día siguiente, en compañía del delegado de la Defensoría del Pueblo y de los representantes indígenas se procedió a realizar la inspección judicial en la zona de los resguardos Pescadito y Chidima-Tolo. Los apartes relevantes de las pruebas practicadas, serán referidos en la solución del caso concreto de la presente providencia.[9]

[9] El texto de las declaraciones, testimonios y el levantamiento del acta de inspección judicial tanto escrito como fotográfico constan en los folios 347 a 380 del cuaderno de revisión.

Teniendo en cuenta que el Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), informó que en la zona en que se desarrollarían los proyectos mineros dentro de los resguardos indígenas a los que pertenecen los accionantes, la compañía Minerales del Darién SA es empresa titular de contratos de concesión, la Corte procedió a notificarla de la presente acción de tutela por medio de auto del 11 de enero de 2011.[10]

En vista que no fue posible materializar la notificación, el despacho del magistrado sustanciador procedió, el 26 de enero de 2011, a comunicarse con la jefe de orientación de la Cámara de Comercio de Medellín, quien por vía de correo electrónico, el 28 de enero de 2011, allegó la siguiente información: **(i)** certificado especial que da cuenta de la disolución, nombramiento de liquidadores y liquidación de la sociedad MINERALES DEL DARIEN S.A; **(ii)** copia del acto donde consta la disolución de la sociedad –Escritura No. 2657 del 21 de Mayo de 2009, de la Notaría 29a. de Medellín; **(iii)** copia de la liquidación de la sociedad – Acta No. 013 del 28 de Mayo de 2009, de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas.[11]

Dada la anterior circunstancia, la Sala atendiendo a la especial relevancia del asunto sometido a revisión, así como la importancia de los derechos fundamentales por los que se alega la violación, en aplicación de los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, en Auto del 08 de febrero de 2011, ordenó en sede de revisión la publicación de un aviso en prensa de amplia circulación nacional con el fin de notificar tanto al tercero determinado, compañía Minerales de Darién como a los terceros indeterminados en general que puedan tener interés directo en la decisión de la Corte Constitucional dentro de los problemas jurídicos que suscita el proceso de tutela T-2451120.[12]

Paralelamente, por Auto del 14 de febrero de 2011, se solicitó a Ingeominas que informara quién actualmente es el concesionario de la explotación minera de los contratos de concesión FLD-134 y135 y demás que puedan superponerse en la zona de los resguardos.

7. Vinculación del Instituto Colombiano de Geología Minería (Ingeominas), de la empresa de interconexión eléctrica S.A ESP-ISA y las empresas Gold Plata Corporation y Minerales del Darién S.A.

7.1 Por medio de Auto del 11 de junio de 2011, con el fin de conformar el legítimo contradictor y a que lo se decida en este proceso podría afectar los intereses de las empresas y entidades referenciadas, se procedió a la

Por medio de auto de 11 de junio de 2010 en aras de garantizar el derecho de contradicción y transparencia del presente asunto, el magistrado sustanciador corrió traslado a todos las entidades accionadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto pueden observarse el auto y las constancias de notificación obrantes en los folios 580 a 603 del cuaderno de revisión.
[10] Folio 844 a 849 del cuaderno de revisión.
[11] Folios 850 a 867 del cuaderno de revisión.
[12] Folios 868 a 875 del cuaderno de revisión.

vinculación de los entes referidos, cuyas respuestas serán relacionadas en el acápite del caso concreto.

7.2 Teniendo en cuenta que el Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), informó que en la zona en que se desarrollarían los proyectos mineros dentro de los resguardos indígenas a los que pertenecen los accionantes, la compañía Minerales del Darién S.A es empresa titular de contratos de concesión, la Corte procedió a notificarla de la presente acción de tutela por medio de auto del 11 de enero de 2011.[13]

En vista que no fue posible materializar la notificación, el despacho del magistrado sustanciador procedió, el 26 de enero de 2011, a comunicarse con la jefe de orientación de la Cámara de Comercio de Medellín, quien por vía de correo electrónico, el 28 de enero de 2011, allegó la siguiente información: (i) certificado especial que da cuenta de la disolución, nombramiento de liquidadores y liquidación de la sociedad MINERALES DEL DARIEN S.A; (ii) copia del acto donde consta la disolución de la sociedad –Escritura No. 2657 del 21 de Mayo de 2009, de la Notaría 29a. de Medellín; (iii) copia de la liquidación de la sociedad – Acta No. 013 del 28 de Mayo de 2009, de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas.[14]

Dada la anterior circunstancia, la Sala atendiendo a la especial relevancia del asunto sometido a revisión, así como la importancia de los derechos fundamentales por los que se alega la violación, en aplicación de los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, en Auto del 08 de febrero de 2011, ordenó en sede de revisión la publicación de un aviso en prensa de amplia circulación nacional con el fin de notificar tanto al tercero determinado, compañía Minerales de Darién como a los terceros indeterminados en general que puedan tener interés directo en la decisión de la Corte Constitucional dentro de los problemas jurídicos que suscita el proceso de tutela T-2451120.[15]

Paralelamente, por Auto del 14 de febrero de 2011, se solicitó a Ingeominas que informara quién actualmente es el concesionario de la explotación minera de los contratos de concesión FLD-134 y135 y demás que puedan superponerse en la zona de los resguardos.

8. Traslado efectuado por la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento.

El 22 de septiembre de 2010, la Sala especial mencionada trasladó al despacho del magistrado sustanciador información relacionada con las comunidades implicadas en la acción de tutela sometida a revisión, advirtiendo lo siguiente:

---

[13] Folio 844 a 849 del cuaderno de revisión.
[14] Folios 850 a 867 del cuaderno de revisión.
[15] Folios 868 a 875 del cuaderno de revisión.

"1. Que en el proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 y sus Autos 004, 005 y 314 de 2009, esta Sala Especial de Seguimiento ha recibido en el período comprendido entre el mes de marzo de 2009 y agosto de 2010, informes del Gobierno Nacional (Acción Social, Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, Ministerio del Interior y de Justicia, y CNRR), de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo (Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas y SAT), de la Fiscalía General de la Nación, de la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, de las Comunidades Negras de la cuenca del río Truandó de Riosucio-Chocó, de COCOMOPOCA-Consejo Comunitario Mayor de la Organización Campesina del Alto Atrato, de la ONIC, de comunidades indígenas ubicadas en la Mina Care Perro y en los municipios del Carmen del Darién (Chocó) y Murindó (Antioquia), de la OREWA-Asociación de Cabildos Indígenas Embera, Wounaan, Katio, Chamí y Tule del departamento del Chocó, de la Comisión Colombiana de Juristas, de AFRODES, de FUNDARTECP, de Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, de ACNUR, así como del informe de comisión a Chocó, realizado por una de las magistradas auxiliares que acompañan a la Sala Especial de Seguimiento, que de manera explícita se han referido a la situación de las comunidades Chidima y Pescadito en el Darién Chocoano, y con base en dicha información se elaboró un informe ejecutivo con los principales hallazgos.

2. Que por considerar que dicho informe puede resultar útil para examinar la situación actual bajo revisión en el proceso T-2451120 - Oscar Carupia Domicó y otros contra el Ministerio de Transporte y otros, esta Sala Especial de Seguimiento, da traslado de dicho informe a la Sala Quinta de Revisión, para los fines que estime pertinentes.

En mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado de la Corte Constitucional, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

Por Secretaría, DAR TRASLADO del Informe elaborado por la Sala Especial de Seguimiento sobre la situación de las comunidades Chidima y Pescadito en el Darién Chocoano, a la Sala Quinta de Revisión, para que pueda ser tenido en cuenta en el proceso T-2451120 - Oscar Carupia Domicó y otros contra el Ministerio de Transporte y otros."

El contenido de la información trasladada, será tenida en cuenta por la Sala en la resolución del caso concreto de la presente providencia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento de los problemas jurídicos.

2.1. Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso indígenas pertenecientes al resguardo Chidima–Tolo y a favor de la comunidad de

Pescadito (las dos de la etnia Embera Katío ubicadas al norte del Chocó), interponen la presente acción de tutela exponiendo dos problemáticas que, en su sentir, afectan sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y a la integridad étnica y cultural.

La primera está relacionada con la intervención que se proyecta en parte de sus territorios para la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales, a saber: **(a)** los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos; **(b)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; y **(c)** los trámites relativos a la concesión para explotación de oro.

En cuanto a la segunda problemática, advierten que por la fragmentación territorial como fueron reconocidos los resguardos, dicha circunstancia ha facilitado la presencia de colonos que de forma irregular ocupan sus territorios y explotan los recursos naturales ocasionando daños ambientales a zonas del resguardo y aledañas al mismo. Adicionalmente, informan que por las expectativas derivadas de los proyectos antedichos y la presencia de grupos al margen de la ley, las comunidades se encuentran en peligro de desplazamiento, situación que denuncian no ha sido solucionada por parte de los organismos competentes del Estado.

2.2. En armonía con los presupuestos facticos planteados, la Sala Quinta de Revisión deberá resolver los siguientes problemas jurídicos **(i)** si las conductas desplegadas por las entidades accionadas han desconocido los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas en lo relativo al agotamiento de la consulta previa para la proyección de las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en sus territorios; **(ii)** si se hace necesario asumir medidas relativas al saneamiento y/o ampliación de los territorios por la presunta ocupación irregular de los mismos; **(iii)** se analizará si la comunidad se encuentra en peligro de desplazamiento forzado o no.

2.3. Con el objetivo de resolver los problemas jurídicos planteados, la Corte Constitucional tratará los temas relacionados con **(i)** la protección constitucional especial de la diversidad étnica y cultural de la Nación, reconocimiento en materia indígena y autonomía en sus territorios; **(ii)** la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; **(iii)** la tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación; **(iv)** El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios; **(v)** de la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios; **(vi)** los requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado; por último **(viii)** analizará y resolverá el caso concreto.

3. Protección constitucional especial de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Reconocimiento en materia indígena y autonomía en sus territorios.

Es amplia y reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en distintos contextos ha protegido a las comunidades indígenas del país. El referido precedente se ha edificado en los principios fundamentales de la Carta Política contemplados en el artículo sétimo, referente a la protección de minorías raciales y culturales, el cual establece que *"el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana".*[16]

De ese artículo se extraen elementos esenciales como el reconocimiento estatal y la protección a la diversidad étnica y racial. Así, la Carta Política, sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación.

De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías.

De forma expresa y directa la Constitución protege a las comunidades indígenas en muchos aspectos que se proyectan en el ejercicio del poder legislativo, ejecutivo y judicial. En virtud de ello los **artículos 171 y 176 de la Constitución Política** contemplan una circunscripción indígena en Senado y Cámara de Representantes para el Congreso de la República, de la cual se extrae el derecho al voto y la posibilidad de elegir y ser elegidos. En materia de administración de justicia, el **artículo 246** estipula la posibilidad de que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. Del mismo modo, en cuanto al poder ejecutivo y autonomía administrativa, el **artículo 286** otorga el estatus de ente territorial a los territorios indígenas.

---

[16] En la discusión del artículo trascrito en materia de protección de los derechos a la diversidad étnica y cultural, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se manifestó: *"proponemos un texto que comienza por el reconocimiento de la múltiple diversidad de Colombia, una diversidad cuyo mal manejo en lo político, en lo económico, en lo étnico, etc. Ha sido fuente de violencia y tragedias sin fin, no obstante lo cual ha contribuido a formar la nación actual para ejemplo bueno o malo de futuras generaciones. (...) cuando hablamos de que la soberanía reside en el pueblo estamos diciendo que es en esa gente, es en ese pueblo, es en esa diversidad también, el pueblo es diverso y lo estamos planteando aquí, que el pueblo es multiétnico y pluricultural, es pluralista".* Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Sesión Comisión 1, de marzo 21, páginas 1 y 3.

Debido a que los problemas jurídicos que se estudian en el presente caso están estrechamente relacionados con el uso y defensa de los territorios indígenas, la Sala considera pertinente enfatizar en las garantías contempladas en los artículos **63** y **329** superiores, que dan el tratamiento a los resguardos de propiedades colectivas el grado de no enajenables, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En armonía con los preceptos referidos, el **artículo 330** contempla la forma de organización del territorio y la posibilidad de organizarse bajo los siguientes parámetros:

> "**ART. 330.** — De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:
>
> 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
> 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
> 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
> 4. Percibir y distribuir sus recursos.
> 5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
> 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
> 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
> 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
> 9. Las que les señalen la Constitución y la ley.
>
> **PAR.** — La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades." (Subrayado por fuera del texto original).

Del parágrafo trascrito se deriva que a parte de las funciones de los consejos indígenas, la explotación que se proyecte ejecutar en sus territorios surge como la posibilidad de valorar si una posible intervención de cualquier índole generaría el daño de la integridad económica, social o cultural de las comunidades. Pues la obligación constitucional es que la explotación o intervención se haga "sin desmedro" de sus derechos y realmente quienes mejor saben qué puede dañar o no a su gente y sus valores son las mismas comunidades.

Así mismo, es pertinente tener en cuenta la forma como la jurisprudencia constitucional ha advertido sobre el respeto del territorio en materia indígena. En la **Sentencia T-252 de 1998**, la Corte puntualizó que la propiedad colectiva "*sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las*

culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos."

Como medida amplificadora de las garantías contempladas en la Constitución, la Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la OIT "*Sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT, Ginebra 1989*"[17]. En dicha norma, entre otros aspectos, se especificó que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Medidas que armonizadas con lo estipulado en el Preámbulo del referido Convenio atienden a la evolución del derecho internacional y a los cambios que padecen los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, de los cuales no se escapa Colombia en pleno inicio del siglo XXI. En virtud de ello y con el objetivo de materializar las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, al igual que su desarrollo económico, cultural, social y político, se erige el derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa cada vez que se proyectan medidas administrativas o normativas.

De esta forma, el Convenio 169 contempla el derecho de las comunidades indígenas y tribales de participar en la toma de decisiones que afecten sus territorios, prerrogativa que además contribuye a la protección del patrimonio material e inmaterial del país. En virtud de ello los artículos 6° y 7° del citado convenio establecen lo siguiente:

> "**ART. 6°— 1.** Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:
>
> **a)** Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarle directamente;
> **b)** Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y
> **c)** Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
>
> **2.** Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
>
> **ART. 7°— 1.** Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a

[17] En la Sentencia SU-383 de 2003, la Corte Constitucional elaboró una amplia reseña sobre los antecedentes que en el ámbito internacional llevaron a la materialización del convenio 169 de la OIT.

sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan."

De las normas citadas se puede concluir que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento a través del cual el Estado colombiano se comprometió con sus habitantes y la comunidad internacional como medio para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la Nación a la supervivencia, social, económica y cultural ante la disyuntiva que surge al adoptar medidas administrativas que pueden afectar sus territorios. Instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad.

En virtud de lo expuesto, es pertinente concluir que la Constitución brinda a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio, salvaguarda que no sólo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. Desconocer dichas garantías pondría en peligro la identidad de los pueblos étnicos y llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. Así, si la propiedad colectiva sobre el territorio étnico es un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y por supuesto de los particulares.

4. De la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

En relación con la protección de la riqueza natural y cultural de la Nación, el artículo 8° de la Constitución Política establece como obligación fundamental del Estado y de los ciudadanos velar por el cuidado de las riquezas culturales y naturales de la Nación. Además, en el capítulo de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.), se fijan los patrones generales que rigen la relación entre el ser humano y su entorno. En efecto, en

los referidos artículos se consigna una atribución en cabeza del Estado y de todos los habitantes de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro del medio procurando su conservación, restauración, sustitución y desarrollo sostenible.[18]

De esta forma, la disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del medio ambiente como un todo. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y sustitución, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar y el quehacer productivo-económico del ser humano se efectúe en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza.[19]

En virtud de lo anterior y con fundamento en los distintos principios, valores, deberes y obligaciones que la Constitución contempla en materia de protección de la riqueza natural y cultural, la jurisprudencia de esta Corporación ha implementado una interpretación sistémica basada en los postulados que la Carta contiene en materia ecológica, ambiental y cultural. De una parte, a esta construcción se le ha llamado la Constitución ecológica, verde o ambiental; y de otra la Constitución cultural.

4.1. Constitución ecológica o ambiental.

Sobre la naturaleza ambiental de la Carta, es pertinente tener en cuenta que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa y material de la sociedad con el medio.[20] Por ello, la protección del medio ambiente en su conjunto ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que es plausible afirmar que la Carta contiene una verdadera *"Constitución Ecológica"*, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.[21]

---

[18] "Del Concepto de Desarrollo Sostenible. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades." (Artículo 3° de la Ley 99 del1993).

[19] Constitución Política (arts. 332, 333, 334 y 366 C.P). Declaración de Río, principios 1, 3 y 4.

[20] La Corte sigue en este apartado las consideraciones expuestas en la Sentencia C-595 de 2010, en la que se examinó la demanda contra el parágrafo del artículo 1° y el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1333 de 2009, "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones." En dicha providencia la Corporación se refirió a los temas relacionados con el interés superior del ambiente sano para la subsistencia de la humanidad, los deberes constitucionales y los principios que lo fundamentan, la Constitución ecológica y la relevancia del principio de precaución para el control de los factores de deterioro ambiental, la internacionalización de las relaciones ecológicas y el bien jurídico constitucional del medio ambiente y los deberes correlativos. Por su relevancia y vigencia la Sala reitera algunos apartes expuestos en la Sentencia C-595 de 2010.

[21] En relación con los distintos ámbitos de protección en materia ambiental pueden consultarse; entre otros los artículos (8, 49, 58, 79, 80, 88, 95, 317, 334 y 336) de la Constitución Política que hacen relación a la protección, conservación y restauración del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales.

En el anterior sentido la Corte en **Sentencia C-126 de 1998**, precisó la triple dimensión que la Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

> "De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares."

Incluso, en varias ocasiones, la Corte ha insistido en la importancia que reporta el medio ambiente para el bienestar general, al punto de establecer deberes calificados de protección que permitan brindar un nivel de vida digno, tanto a la sociedad como el individuo, que contribuyan al pleno funcionamiento del Estado.

Así, dados los factores perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente que le ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad, la Corte ha sostenido el carácter de *derecho fundamental por conexidad*, al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas.[22]

Recientemente, esta Corporación ha señalado que *"el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con ésta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana".*[23] Subrayado por fuera del texto original

Ello ha permitido afirmar la importancia de preservar el medio ambiente sano a través de una labor conjunta de todos los responsables.[24] La Corte ha

---

[22] Sentencia T-092 de 1993, C-432 de 2000, C-671 de 2001, C-293 de 2002, C-339 de 2002, T-760 de 2007 y C-486 de 2009.

[23] Sentencia C-339 de 2002.

[24] En materia de desarrollo sostenible, la Corte sostuvo en la Sentencia C-519 de 1994: "como puede apreciarse, la satisfacción de las necesidades presentes requiere de planificación económica y de responsabilidad en materia de desarrollo, con el fin de que, como se señaló, las generaciones futuras cuenten con la capacidad de aprovechar los recursos naturales para satisfacer sus propias necesidades. Esa planificación y esa responsabilidad, para el caso colombiano, les compete, por mandato constitucional, al Estado y a sus agentes, así como a todos los particulares, sin importar en cuál campo económico, político o social se encuentren. Para ello, se requiere de una tarea constante y permanente que implica siempre un alto grado de participación, de conciencia comunitaria y de solidaridad ciudadana. En otras palabras, como lo explica el profesor Martín Mateo: "Sólo puede salvar a la Humanidad y al Planeta la sincronización de sus mútuas exigencias". (*Cfr.* Sentencia C-750 de 2008).
En materia de ecologización de la propiedad privada señaló la Corte en la sentencia C-126 de 1998: "en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas

manifestado que la Constitución proporciona una combinación de deberes contiguo al reconocimiento de derechos, que permiten advertir una visión del asunto ambiental desde los puntos de vista ético, económico y jurídico:

> "Desde el plano *ético* se construye un principio biocéntrico que considera al hombre como parte de la naturaleza, otorgándoles a ambos valor. Desde el plano *económico*, el sistema productivo ya no puede extraer recursos ni producir desechos ilimitadamente, debiendo sujetarse al interés social, al ambiente y al patrimonio cultural de la Nación; encuentra además, como límites el bien común y la dirección general a cargo del Estado. En el plano *jurídico* el Derecho y el Estado no solamente deben proteger la dignidad y la libertad del hombre frente a otros hombres, sino ante la amenaza que representa la explotación y el agotamiento de los recursos naturales; para lo cual deben elaborar nuevos valores, normas, técnicas jurídicas y principios donde prime la tutela de valores colectivos frente a valores individuales."[25]

El ambiente sano, como se ha mencionado forma parte de los *derechos colectivos* cuya esencia transciende el concepto de derecho individual para radicarse en el ser social, el cual incumbe, además, a cada una de las esferas que componen el entramado social, de manera que su conservación impone deberes correlativos a los particulares, la sociedad, las empresas, al Estado y la comunidad internacional.[26]

Se acepta al medio ambiente sano como un *derecho* del cual son titulares todas las personas, quienes a su vez se encuentran legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlos y que deben colaborar en su conservación. También como un *deber* que se le impone a todos[27] y particularmente al Estado:

(i) proteger su diversidad e integridad, **(ii)** salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, **(iii)** conservar las áreas de especial importancia ecológica, **(iv)** fomentar la educación ambiental, **(v)** planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, **(vi)** prevenir y controlar los factores

---

por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios".
-*En materia de límites a la propiedad privada*, en la sentencia C-524 de 1995 se manifestó: "[l]a libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social qué cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica "supone responsabilidades". Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc." (*Cfr.* Sentencia C-486 de 2009).
[25] Sentencia C-339 de 2002.
[26] Sentencia T-299 de 2008.
[27] Fue tan firme la protección conferida a los recursos naturales que el Constituyente involucró a los particulares en el deber de cuidado correspondiente.

de deterioro ambiental, **(vii)** imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente; y **(viii)** cooperar con otras Naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.[28]

En consecuencia, el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido cuya preservación debe procurarse no sólo a través de acciones aisladas del Estado, sino con la concurrencia de los individuos, la sociedad, la empresa y demás autoridades.[29]

Sobre todo, la Corte encuentra indispensable insistir en los criterios manifestados en la **Sentencia T-411 de 1992**, por medio de la cual se dio inicio en la jurisprudencia colombiana al concepto de Constitución ecológica:

> "La protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, una necesidad socialmente sentida, de dar una respuesta contundente a las intolerables agresiones que sufre el medio ambiente.
>
> El desarrollo sin planificación y los avances científicos fueron ampliando considerablemente el impacto industrial en el entorno.
>
> El problema ecológico y todo lo que este implica es hoy en día un clamor universal, es un problema de supervivencia.
>
> Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes·
> Este inmenso desafío tiene una dimensión moral y espiritual. La era pasada nos ha enseñado una muy buena lección: el hombre no puede mandar sobre el viento y la lluvia.
>
> El hombre no es el amo omnipotente del universo, con carta blanca para hacer impúnemente lo que desee o lo que le convenga en un determinado momento. Y, como sostiene el humanista Vaclav Havel, el mundo en que vivimos está hecho de un tejido inmensamente complejo y misterioso sobre el cual sabemos muy poco y al cual debemos tratar con humildad.
>
> Entre los habitantes de la tierra, son las tribus indígenas las que aún conservan el respeto por ella; así lo manifestó el Jefe Seattle de las tribus Dwasmich y Suquamech:

[28] Sentencias C-431 de 2000 y C-486 de 2009.
[29] Sentencias C-320 de 1998, C-150 de 2005 y C-443 de 2009.

"Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra. Esto sabemos. Todo va enlazado como la sangre que une a una familia. Todo va enlazado.[30]"

Bajo la misma línea argumentativa, la Corte ha evidenciado que:

"el riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta sino de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con ésta o con otra biosfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana".[31]

Además, la protección del medio ambiente como patrimonio común a toda la humanidad, surge como consecuencia de la degradación de recursos generalmente esenciales (agua, aire, tierra, etc) o de valor difuso (salud humana).[32] El "garantizar la sostenibilidad del medio ambiente" como objetivo de desarrollo del milenio (Meta 7ª) de la Organización de las Naciones Unidas, representa las necesidades humanas y los derechos básicos de todos los individuos del planeta y el no alcanzarlo podría multiplicar el riesgo mundial de inestabilidad y degradación del medio ambiente.

La deforestación global, el cambio climático (emisiones globales de dióxido de carbono CO2. Sustancias que destruyen la capa de ozono), la pérdida de la biodiversidad que continúa implacablemente, la no protección adecuada de los hábitats de las especies en peligro, el crecimiento de especies en peligro de extinción, la sobreexplotación global, constituye claro ejemplo de ello.[33] La sociedad post-industrial contemporánea que se caracteriza por la economía globalizada ha sido catalogada como una sociedad de riesgo "donde el espacio vital tradicional se reduce drásticamente y es reemplazado por un conglomerado cada vez más complejo de incertidumbres y de peligros para la salud y el entorno (dioxinas, amianto, vacas locas, etc.)".[34]

---

[30] Derechos Humanos y Modernidad. Personeria Municipal de Cali. 1989. Pág. 171.

[31] Sentencia 339 de 2002

[32] Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España. Ángel Manuel Moreno Molina. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Público del Estado. Marcial Pons. 2006. Pág. 309.

[33] Página de la Organización de las Naciones Unidas ONU. 2015 Objetivos de Desarrollo del Milenio. http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/environ.shtml.

[34] Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España. Ángel Manuel Moreno Molina. Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Público del Estado. Marcial Pons. 2006. Págs. 45-56. Además, se sostiene: "El vertiginoso ritmo de producción competitiva hace que se introduzcan en el mercado, con velocidad exponencial, nuevos productos y servicios que, mediante el empleo de sustancias, productos y técnicas novísimas ofrecen nuevos placeres para el consumidor, pero que también pueden albergar en su interior peligros ocultos. Así "¿es inocua la telefonía móvil? ¿cuál es el efecto sobre la salud de la exposición a los campos electromagnéticos de alta tensión? ¿es cierto que las emisiones de los vehículos diesel aumentan el poder de los alérgenos y aún de las sustancias cancerígenas? ¿cuáles son los peligros de los organismos modificados genéticamente? Los ejemplos pueden multiplicarse, evidentemente. En todos los casos plantea una duda: ¿hay que autorizar sin más estos nuevos productos y servicios, como corolario natural de la libertad de empresa, o deben ser sometidos a algún tipo de

Así, surgen como principios sustanciales de la política internacional ambiental los de cautela y de acción preventiva, entre otros.[35] La superación de las dificultades para la puesta en marcha de tales principios como otros, evitaría a tiempo numerosos daños irreversibles al medio ambiente y con las consecuencias propias para la humanidad.[36] La aplicación de los principios que inspiran al derecho ambiental, resulta, entonces, imperiosos para la supervivencia de la humanidad.

En conclusión, la relación humana con el medio ambiente no puede continuar siendo antropocentrista, dicho esquema de correlación es el germen de la autodestrucción, por tanto se torna inaplazable y necesario entender que todo está holísticamente enlazado y que la protección, va más allá de la mera normativa y su cumplimiento, puesto que lo que está en juego no es solo la subsistencia de la especie humana, sino la vida como un todo.[37]

4.2. Constitución cultural.

La obligación de protección y defensa del patrimonio cultural de la Nación se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones.

La cultura fue reconocida por el Constituyente de 1991 como un pilar que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. Es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor fundamental de la nación colombiana, erigiéndose de esta forma el denominado eje de la Constitución Cultural, que al igual que la ecológica parte de una interpretación sistemática, axiológica y finalista, de las varias disposiciones a las que la Corte se refirió en la **Sentencia C-742 de 2006**:

> "(...) el **artículo 2°** superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los **artículos 7° y 8°** de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El **artículo 44** define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El **artículo 67** señalaron que la educación es un derecho que busca

control, regulación o comprobación previa por parte de los poderes públicos? ¿qué intensidad debe tener esta actuación de intervención administrativa?"

[35] Para mayor información relacionada con estos principios y la Constitución ambiental, se recomienda la consulta de la Sentencia C-595 de 2010.

[36] El Ministerio de Ambiente en la intervención efectuada en el expediente OP-115, que dio lugar a la sentencia C-196 de 2009, señaló: "En el caso del derecho colectivo a un ambiente sano, es claro que para el Estado resulta muy oneroso asumir los costos de los pasivos ambientales que durante muchos años han dejado algunas actividades en nuestro país. El costo del deterioro ambiental en Colombia ha sido muy alto y le ha correspondido al Estado en la mayoría de los casos asumirlo. Por esta razón resulta necesario establecer esta clase de presunciones para proteger bienes con especial valor como es el patrimonio natural del país".

[37] Para mayor información relacionada con la Constitución ecológica o ambiental pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-411/92, C-305/95, C-671/01, T-760/07, C-750/08, C-944/08, C-443/09 y T-356/10.

afianzar los valores culturales de la Nación. El **artículo 70** de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el **artículo 71** de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el **artículo 95, numeral 8°**, superior. De todas maneras, los **artículos 311 y 313, numeral 9°**, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el **artículo 333** superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el **artículo 72** de la Carta dispuso que "el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo "el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles"

La descripción anterior muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico.

De igual manera, si bien los **artículos 8° y 70** superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación." (Énfasis por fuera del texto original).

De la referencia normativa anterior se aprecia cómo el modelo implementado en la Carta de 1991 propicia el estudio de la Constitución cultural, ámbito dentro del cual se encuentran las ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la Nación. En este sentido, es conveniente reiterar lo expresado por esta Corporación en la **Sentencia C-639 de 2009**, en la que se puntualizó que:

"Con la expresión *derechos culturales* se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a su pasado (tradición y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)".

Concatenado con lo anterior, es adecuado afirmar que el paso hacia un Estado social y democrático de derecho conlleva axiomáticamente el reconocimiento y puesta en marcha de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Prerrogativas que encuentran respaldo en herramientas internacionales, las cuales se constituyen en criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2001, en la que se reconoce que la cultura está compuesta de formas diversas por medio del tiempo y el espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Derechos culturales que se reflejan y retroalimentan de los derechos humanos, universales e indisociables. Sobre el particular, esta Corporación en la **Sentencia C-434 de 2010** manifestó:

> "(...) la Observación General No. 21 del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural –elaborada en la sesión No. 43 de noviembre de 2009[38], reconoce que la plena promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Este documento también aclara que del derecho a participar en la vida cultural –artículo 15 del PIDESC- se derivan las siguientes obligaciones del Estado: **(i)** no obstruir la participación, **(ii)** asegurar las condiciones para la participación, **(iii)** facilitar tal participación, y **(iv)** promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar en la vida cultural comprende (a) el derecho a participar en la vida cultural[39], **(b)** el derecho a acceder a ella[40], y (c) el derecho a contribuir a su desarrollo[41]. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del derecho de manera equitativa y sin

[38] En numerosas oportunidades la Corte ha señalado que las observaciones generales del Comité DESC de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, son criterios relevantes de interpretación en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro de nuestro ordenamiento constitucional. Ver al respecto las sentencias C-251 del 28 de mayo de 1997, T-884 del 2 de octubre de 2003, C-038 del 27 de enero de 2004, T-217 del 8 de marzo de 2004, T-642 del 1° de julio de 2004; T-218 del 8 de marzo de 2004, C-936 del 15 de octubre de 2003, T-585 del 27 de julio de 2006, T-594 del 27 de julio de 2006, y T-760 del 31 de julio de 2008.

[39] De acuerdo con la Observación General No. 21, el concepto de *participación* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) escoger libremente la propia identidad, (ii) identificarse o no con alguna comunidad o a cambiar la elección al respecto, (iii) tomar parte en la vida política de la comunidad, (iv) involucrarse en las prácticas culturales propias, (v) expresarse en el lenguaje elegido, (vi) buscar y desarrollar conocimiento y expresiones culturales y compartirlos con otras personas, y (vii) tomar parte en actividades creativas (ver consideración 15-a).

[40] La observación indica que el concepto de *acceso* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) conocer y entender su propia cultura y la de otros a través de la educación y la información, (ii) recibir educación y entrenamiento de calidad y con consideración por la propia identidad cultural, (iii) aprender sobre formas de expresión y su diseminación por medios técnicos de información y comunicación, (iv) seguir el propio proyecto de vida asociada con el uso de bienes culturales y recursos como la tierra, agua, biodiversidad, lengua o instituciones específicas, y (v) beneficiarse de la herencia cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades (ver consideración 15-b).

[41] Según la observación, el concepto de *contribución a la vida cultural* se refiere al derecho de todos a (i) estar involucrado en la creación de expresiones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad, (ii) a tomar parte en el desarrollo de la comunidad a la que se pertenece, y en la definición, elaboración e implementación de políticas y decisiones que tienen un impacto en el ejercicio de los propios derechos culturales (ver consideración 15-c).

discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural).[42]"

De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales."

En suma, la Constitución cultural es parte sustancial de la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho que conlleva el mandato de proteger el derecho a la cultura como una garantía que determina valores y referentes no sólo para quienes hacen parte del presente, sino como un mecanismo de diálogo constante con el pasado y el futuro de las generaciones y su historia.

4.3. De la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico para la protección de bienes de interés cultural.

4.3.1 En armonía con los presupuestos anteriormente expuestos, relativos a la Constitución cultural y ecológica, la **Ley 99 de 1993**[43] contempla la obligatoriedad de expedir una licencia ambiental, en los siguientes términos:

"**Artículo 50°.-** *De la Licencia Ambiental.* Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada."[44]

En similares términos, el reciente **Decreto 2820 de 2010** "por medio del cual se reglamenta el título VIII de la **Ley 99 de 1993** sobre licencias ambientales", establece:[45]

"**Artículo 3°. Concepto y alcance de la licencia ambiental.** La Licencia Ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de ésta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

[42] Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General No. 21 sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural. Adoptada el 20 de noviembre de 2009.
[43] "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 —Ley General de Cultura— y se dictan otras disposiciones".
[44] Reglamentado por el Decreto Nacional 1753 de 1994.
[45] Dado en Bogotá, D.C., 05 de agosto de 2010.

La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad.

El uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo Estudio de Impacto Ambiental."

Corresponde expedir dichas licencias al Ministerio del Medio Ambiente, a las corporaciones autónomas regionales y a algunos municipios y distritos, de conformidad con lo previsto en la referida Ley 99 de 1993.[46]

Adicionalmente, el **Decreto 2820 de 2010**, en el artículo sétimo, determinó que *"estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 8° y 9° del presente decreto."* Los artículos desarrollan los distintos sectores que a manera de referencia son: hidrocarburos, minero, eléctrico, energía nuclear, marítimo y portuario, construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas pistas en los mismos, ejecución de obras públicas, construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje con coberturas superiores a 20.000 hectáreas, producción de sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales de carácter ambiental, los proyectos que afecten las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, los proyectos que requieran transvase de una cuenca a otra con corrientes de agua que excedan de $2m^3$/seg durante los períodos de mínimo caudal, la introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas, híbridos o variedades foráneas con fines de cultivo, levante, control biológico, reproducción y/o comercialización, entre otras.

De otra parte, la **Ley 99 de 1993** establece que en los casos en que estén involucrados comunidades étnicas conforme al artículo 76:

"**Artículo 76°.- De las Comunidades Indígenas y Negras.** La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, **y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades**."[47] (Subrayado por fuera del texto original).

Las disposiciones anteriores, relativas a la expedición de la licencia ambiental, no están únicamente enfocadas a la protección de los recursos naturales. No. Para el Legislador cumple doble propósito contemplar la obligatoriedad de que

[46] Artículo 51 de la Ley 99 de 1993.
[47] **Artículo 15°. del Decreto 2820 de 2010. Participación de las comunidades.** "Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.
En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique." (Subrayado por fuera del texto original).

las comunidades étnicas del país se pronuncien sobre la tramitación de licencias ambientales que autorizan la explotación de recursos naturales; ello ligado a la protección no solo de la autonomía de las comunidades tribales sino del patrimonio cultural de la Nación.

En este punto, es indispensable precisar que de allí se refuerza la necesidad de realizar la consulta previa de las comunidades étnicas del país y la protección normativa que el Estado brinda al medio ambiente dentro de dichos territorios los cuales en manos de comunidades indígenas o étnicas se encuentran mayoritariamente protegidos por el tipo de vida de bajo impacto ambiental y eminentemente conservacionista.

4.3.2 En lo que hace referencia a la protección de los bienes culturales y a la salvaguarda del patrimonio arqueológico, específicamente el artículo 13 de la **Ley 397 de 1997** establece un tratamiento especial a las comunidades étnicas en los siguientes términos:

> "**ARTICULO 13. DERECHOS DE GRUPOS ETNICOS.** Los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica conservarán los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural, para lo cual contarán con la asesoría y asistencia técnica del Ministerio de Cultura.
>
> Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etnoeducación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación."

El Estado protege de forma directa el patrimonio arqueológico de los grupos étnicos permitiendo la conservación de los derechos que ejerzan sobre dichos bienes propios de su identidad cultural, para lo cual cuentan con apoyo y asistencia del Estado.

En armonía con lo anterior, la **Ley 1185 de 2008**[48] establece una medida concreta para la protección del patrimonio arqueológico de la Nación[49] frente a proyectos o ejecución de obras que pretendan explotar los recursos naturales o en general ejecutar obras de impacto en todo el territorio nacional, obligando a todos aquellos proyectos y obras que requieren licencia ambiental a la

---

[48] "Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias".

[49] "**Patrimonio arqueológico.** El patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración. Para la preservación de los bienes integrantes del patrimonio paleontológico se aplicarán los mismos instrumentos establecidos para el patrimonio arqueológico.
De conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, los bienes del patrimonio arqueológico pertenecen a la Nación y son inalienables, imprescriptibles e inembargables." **ART. 6º— de la Ley 1185 de 2008.**

elaboración de un Plan de Manejo Arqueológico.[50] Por voluntad y decisión del legislador, el artículo 7° de la **Ley 1185 de 2008**, establece:

> "**ART. 7°—El artículo 11 de la Ley 397 de 1997 quedará así:**
>
> **ART. 11. —Régimen especial de protección de los bienes de interés cultural.** Los bienes materiales de interés cultural de propiedad pública y privada estarán sometidos al siguiente régimen especial de protección:
>
> (...)
>
> **1.4. Plan de manejo arqueológico.** Cuando se efectúen las declaratorias de áreas protegidas de que trata el artículo 6° de este título, se aprobará por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia un plan especial de protección que se denominará plan de manejo arqueológico, el cual indicará las características del sitio y su área de influencia, e incorporará los lineamientos de protección, gestión, divulgación y sostenibilidad del mismo.
>
> En los proyectos de construcción de redes de transporte de hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos y obras que requieran licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, como requisito previo a su otorgamiento deberá elaborarse un programa de arqueología preventiva y deberá presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia un plan de manejo arqueológico sin cuya aprobación no podrá adelantarse la obra." (Subrayado por fuera del texto original)

Como se puede apreciar, los ámbitos de protección de la riqueza natural y cultural de la Nación establecidos en el artículo 8° constitucional, componen un desarrollo sujeto a la Carta Política y a la ley. En virtud de ello, la Sala encuentra necesario enfatizar en la necesidad de que en los casos que impliquen intervención de los territorios indígenas el tratamiento de la protección del patrimonio arqueológico sea concomitante al dado al de la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

4.3.3 En este orden de ideas, en los eventos que existan proyectos que requieran de la expedición de la licencia ambiental, será necesario que los interesados presenten para su aprobación un Plan de Manejo Arqueológico fundamentado en un Programa de Arqueología Preventiva; sin la aprobación del antedicho Plan por parte de la autoridad arqueológica competente (**el Icanh**), no obstante exista una licencia ambiental, por expreso mandato de una norma legal que desarrolla el principio de protección del patrimonio y que concreta la protección expresa que da la Carta a los bienes arqueológicos, no podrá adelantarse obra alguna.

---

[50] **Artículo 5° del Decreto 2820 de 2010. La licencia ambiental frente a otras licencias.** "La obtención de la licencia ambiental, es condición previa para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones, contratos y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales." (Subrayado por fuera del texto original).

5. Tensión entre las distintas visiones de desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación.

5.1 No se puede anteponer en abstracto el "interés general" y la visión mayoritaria que se tenga del "desarrollo" o el "progreso" que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte al afrontar la determinación y el ámbito de protección que el Constituyente quiso fijar a los grupos étnicos, ha establecido que a pesar de la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber tener en cuenta que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional. Es decir al patrimonio cultural de país. [51]

En virtud de lo anterior, la iniciativa estatal y privada deberá propender por el respeto sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas o étnicas de la Nación. Es decir, los proyectos de desarrollo u obras que se planifiquen y pretendan implementar en el territorio no pueden llegar al extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. Así, el carácter axiológico de la Constitución impone la necesidad de equilibrar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional como la diversidad o el pluralismo y aquellos tutelados por las normas legales imperativas.

De esta forma, se reconoce un ámbito esencial del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas y de otras comunidades étnicas, que no puede ser objeto de disposición por parte del *ius imperium* del Estado, ya que se pondría en peligro su preservación y se quebrantaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural y la necesidad del reconocimiento del otro. En virtud de lo anterior, el ámbito de protección de las comunidades étnicas colombianas debe ejercerse, según los usos y costumbres propias de los pueblos objeto de protección, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

En cuanto al reconocimiento de los grupos étnicos en la Constitución, el choque entre las visiones que se pueden tener del desarrollo o progreso y la necesidad de protección de los grupos étnicos, en el seno de las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente el profesor Orlando Fals Borda manifestó:

> "Es evidente que estamos frente a un fenómeno nuevo e interesante no solamente en Colombia sino en el mundo hay otra concepción de la vida que está surgiendo entre

[51] Relacionado con el principio de diversidad étnica y el criterio expuesto, pueden consultarse las Sentencias T-257/94 y SU-383/03, entre otras.

> nosotros y en otras partes que tiende a equilibrar esos efectos deletéreos [52] que ha tenido lo que se llama el desarrollo económico y social cuando se deja a ultranza el desarrollo económico como tal, desarrollo en sí mismo de efectos deletéreos ha llevado a que las comunidades de todos los países vuelvan sus ojos a lo primigenio, a las raíces, a esas raíces que se sienten amenazadas con ese desarrollo desbocado, por esa tecnología amenazante, pues en Colombia llega a este movimiento mundial de defensa de la vida colectiva, de una nueva forma de vivir que apela a una tradición singular que se ha visto conveniente para la sobrevivencia del género humano, y es un fenómeno a escala planetaria no solamente local, ya que esa es la oportunidad que tenemos mis queridos amigos también de que la nueva Constitución de Colombia a las campañas de celebración de los 500 años de descubrimiento de América haciendo una demostración de cómo se recupera esa historia viva que todavía está viva entre nosotros, representados por los pueblos que han sido olvidados y explotados, los indígenas y los negros, además de muchos otros pueblos campesinos de la periferia".
> [53] Subrayado por fuera del texto original

En armonía con lo anterior, es pertinente tener en cuenta el concepto de los Departamentos de Antropología de las universidades de los Andes, de Antioquia y Javeriana allegados al caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Corte. Al respecto manifestó la Universidad de los Andes: [54]

> "Aunque se van a cumplir ya 20 años de haber reconocido oficialmente nuestra multiculturalidad y diversidad étnica, lejos estamos de haber asimilado el hecho a cabalidad y de actuar en consecuencia.
>
> (...)
>
> Los colombianos deberíamos sentirnos orgullosos de estos pueblos ancestrales cuyos atropellados descendientes aun nos acompañan. Es una lástima que nos acerquemos a ellos para explotar sus riquezas naturales y el paisaje que han conservado y no para aprender de su milenaria sabiduría agonizando junto con sus ancianos. Más aprecian muchos extranjeros el inmenso tesoro mental y cultural que tenemos en nuestro país al reunir tantas visiones alternas de la naturaleza, del universo, de los seres.
>
> La realidad del futuro de las comunidades indígenas no puede plasmarse en leyes, no podemos legislar sobre su pensamiento, imponer nuestras normas salidas de nuestros hábitos y entendimiento del mundo sin haber investigado las de ellos, sin saber cuál es su entendimiento del mundo. Se sabe que nociones como 'tiempo' y 'espacio', 'arriba' y 'abajo' son relativas a cada cultura y dependen de varios factores, desde históricos hasta geográficos.
>
> La visión moderna 'occidental' no debe imponerse arbitrariamente sobre las visiones de sociedades que nos precedieron y que, con seguridad, entienden mejor qué es 'bienestar', qué es 'equilibrio'. Estos pueblos que muchos llamamos 'primitivos' vivieron en armonía con la naturaleza por miles de años hasta la llegada de nuestra tecnificada sociedad moderna. ¿Cómo hablar de nuestro 'progreso' o 'desarrollo' como bienes también para ellos? ¿Les hemos preguntado para ellos qué es 'progreso', 'bienestar', desarrollo? ¿Cómo entenderán ellos términos como 'participación',

---

[52] Deletéreo, a: (Del gr. δηλητήριος, de δηλητήρ, destructor).**1.** adj. Mortífero, venenoso. U. t. en sent. fig. **Fuente:** DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición.

[53] Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Sesión Comisión 2 de mayo 15 /2515), página 13.

[54] Por la especialidad del tema y la relevancia del aporte al tema sometido a estudio, la Sala procede a trascribir in extenso, algunos de los apartes de los conceptos solicitados.

'consulta', 'consentimiento', cuando los aplicamos a medias o los amañamos a nuestra conveniencia? Los indígenas deberían participar de los proyectos en sus territorios desde su misma concepción por los interesados, para que entiendan nuestros propósitos y nosotros sus necesidades."

(...)

Para la gran mayoría de pueblos indígenas la consulta con ellos significa también consulta con los dioses y consulta con la naturaleza. Entre los u'wa se debe hablar con sus *werjayas*, con el pueblo y sus cabildos. Los caciques a su vez deben comunicarse con los dioses, quienes les indicarán la decisión correcta para que puedan guiar al pueblo. Ésta es su percepción elemental, que por demás se ajusta perfectamente a sus principios culturales.

Con respecto al tema de las interpretaciones y significados que se utilizan en las disposiciones legales y actos administrativos en los cuales se toman decisiones que afectan los derechos de los pueblos indígenas, vale mencionar términos como 'indemnización', que para los empresarios interesados en la explotación de recursos naturales o para el funcionario estatal, tiene un claro significado: *"resarcimiento de un daño o perjuicio; contraprestación económica que se le paga a quien ha recibido un daño o perjuicio, que surge como resultado de una acción voluntaria proveniente del sujeto que lo ocasionó".*

Es improbable que un indígena o una comunidad indígena pueda entender esta definición en el mismo sentido en que lo hace el empresario o el funcionario estatal y también lo es que en su léxico y vocabulario exista con el sentido y significado que éstos le reconocen. Más equitativo y razonable sería que en vez de reconocerle pagos por concepto de 'indemnización' por los perjuicios o daños ocasionados, el Estado dispusiera que las empresas explotadoras de los recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, permitieran la participación de los pobladores nativos en la ejecución de los proyectos y compartieran con ellos, en igualdad de condiciones, los beneficios económicos obtenidos con dicha explotación, propuesta nada descabellada, por cuanto la legislación así lo tiene establecido, en los numerales 1 y 2 del Artículo 15, del Convenio 169 de la OIT. (Rojas S. 2010: 28)"

Bajo postulados similares, es pertinente resaltar apartes de la intervención del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia, el cual conceptuó:

"Al referirse específicamente a los conceptos que ofrece el discurso desarrollista, el politólogo James Scott sugiere que codificamos estas actitudes en un léxico cognitivo dividiendo el mundo en entidades/cosas/categorías que nos acercan y otras que no:

[E]l léxico utilizado para organizar la naturaleza típicamente revela los intereses dominantes de sus usuarios humanos. De hecho, el discurso utilitario reemplaza el término 'naturaleza' con el término 'recursos naturales', enfocando los aspectos de la naturaleza que puedan ser apropiados para el uso humano. Una lógica comparable extrae de un mundo natural más generalizado aquella flora o fauna que tenga valor utilitario (usualmente bienes comerciables) y, luego, reclasifica aquellas especies que compiten con, atacan o, de algún modo, disminuyen la cosecha de las especies valuadas. Así, matas que tengan valor llegan a ser 'cultivos', las especies que compiten con ellas son estigmatizadas como 'hierbas malas' y los insectos que las ingieren son estigmatizados como 'pestes'. Así, árboles que tengan valor llegan a ser "árboles maderables", mientras especies que compiten llegan a ser 'árboles de basura'

o 'maleza'. La misma lógica se aplica a la fauna. Animales de alto valor llegan a ser 'caza' o 'ganado', mientras los animales que compiten o los cazan son 'predadores' o 'indeseables' (1998:13).

Se puede llevar este argumento hacia otras perspectivas que vinculan los diferentes actores involucrados en el caso de consulta previa, donde el sesgo que clasifica la naturaleza como un recurso para desarrollar también impone valores a los diferentes actores, de acuerdo con su cercanía o no a los criterios con los que operan el estado y la sociedad mayoritaria en cuanto a los conceptos de "desarrollo", "progreso", e incluso "cultura" y "sociedad". Es un argumento sutil, pero en casi todos los casos, los significados privilegiados de estos conceptos son los del Estado y de la sociedad mayoritaria, porque los criterios de definición y de medición surgen de la legislación del Estado y del concepto de un bien común exclusivo y excluyente a otras epistemologías. Cuando se considera la perspectiva étnica, hay una mirada reduccionista, donde la cosmovisión, la territorialidad, la ecología, e incluso la misma identidad construida por el otro son criticadas por esencialistas y por su incapacidad para compartir la ideología desarrollista de la sociedad mayoritaria. Esta perspectiva desconoce el mismo proceso esencialista en la formación de una identidad nacional.

(...)

Los antropólogos Alberto Arce y Norman Long hablan de la representación de estas identidades por parte del Estado y la sociedad cuando sugieren que el "carácter contradictorio de los discursos occidentales sobre modernidad y globalidad, que prometen acceso a nuevas formas de conocimiento y recursos, terminan frecuentemente negando la capacidad de grupos locales de pensar, argumentar y actuar por sí mismos" (2000:2). Según Bielawski (1996:226), son discursos que descontextualizan los conocimientos locales –las epistemologías locales– y que "extraen" datos locales para colocarlos en categorías "científicas". El otro étnico y de población vulnerable llega ser una construcción social y legislativa, pero desde la sociedad mayoritaria y desde categorías preconfiguradas de la otredad y no desde una autonomía propia que dialoga con la sociedad mayoritaria.

Parte del problema es que la consulta previa es un derecho de carácter especial otorgado a los grupos étnicos por precondiciones sociales e históricas relativas a su carácter de pueblos originarios históricamente discriminados, y no un derecho otorgado por ser un colombiano con una epistemología distinta pero legítima, que juega en iguales condiciones con la dominante. Debido a esto, cuando el indígena, el afrodescendiente u otro miembro de población vulnerable pretende hacer valer su derecho a ser consultado, se ve en la necesidad de encajar dentro de las categorías, construidas por la sociedad mayoritaria, que los clasifican como "otros", "exóticos", como condición para reconocerlos como interlocutores de carácter especial en el discurso nacional frente a cuestiones que nos preocupan a todos, incluyendo el desarrollo, los usos del suelo y de los recursos naturales, en vez de ser participantes ciudadanos en iguales condiciones en un país pluriétnico y multicultural, en el que esas epistemologías diversas también deben ser parte de la construcción de nación."[55]

[55] En el dictamen, se hizo referencia a un fallo de la Corte Suprema de Canadá, el cual por su pertinencia la Sala procede a trascribir: "*En un caso contundente de la jurisprudencia anglosajona frente a un "otro" no-anglosajón (Delgamuukw v. British Columbia, 1997), mostró una sensibilidad al pensamiento indígena y a su manera de ver el mundo que es poco frecuente en este tipo de pronunciamientos judiciales. Para fundamentar su decisión en este caso, la Corte habría podido basarse solo en argumentos procedimentales, pero la Corte fue más allá al reconocer que existen diferencias fundamentales y legítimas entre el pensar indígena y el pensar occidental. En este reconocimiento judicial, estableció nuevos parámetros de interpretación y nuevas políticas de convivencia con el otro. En el fallo se afirma que:*

Por su parte, el Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana, presentó los siguientes argumentos para abordar la discusión de la tensión entre las distintas visiones de desarrollo, así:

"Existen argumentos antropológicos de peso para argumentar la necesidad del reconocimiento al derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, establecido en el Convenio 169 de la OIT, o ley 21 de 1991 en Colombia.

El antropólogo norteamericano Thayer Scudder, del California Institute of Technology, ha conducido numerosas investigaciones sobre el impacto de los proyectos de desarrollo en la desaparición de los pueblos indígenas de diferentes países del África. Este investigador señala que:

"Los grandes proyectos son impuestos desde arriba; son impuestos por agencias nacionales o regionales sobre una población loca, la cual prácticamente no tiene ninguna capacidad de opinión o decisión durante la etapa de estudios de factibilidad, planeación e implementación" (Scudder 1973:45).

Sus investigaciones en Zambia y Rodhesia, Ghana, Egipto, Nigeria y Costa de Marfil, le han llevado a establecer que, en lo referente a las represas hidroeléctricas: independientemente de que lo sepan o no los gobiernos desatan una serie de eventos que alterarán significativamente el medio ambiente físico y biótico... De la misma forma, ciertos aspectos de la vida de la población local sufrirán cambios... Cientos de profesionales, técnicos y miles de trabajadores entrarán a áreas que, por lo general, han permanecido prácticamente aisladas, con una población local viviendo en comunidades relativamente autocontenidas y autosuficientes. La mayoría de los trabajadores (y es característico que sólo una pequeña proporción de ellos sea proveniente de la población local) se establecerá en el área, aunque cientos y a veces miles de otros participarán en la deforestación y la construcción de carreteras para facilitar la reubicación. (Scudder 1968:168-169).

"Pero independientemente de las intenciones de los gobiernos, la fuerza de trabajo atraerá comerciantes, profesores, misiones evangelizadoras y las nuevas carreteras abrirán áreas para incrementar el contacto con el mundo externo. Sin duda, al cabo de pocos años la población local se verá incorporada en una muy gran medida dentro de un marco de referencia político-económico nacional" (Scudder 1968:169).

La tradición indígena en la grabación de la historia ni es lineal ni basada en las mismas nociones del progreso social y evolución (como en la tradición no-indígena). Tampoco es centrada en el ser humano como en la tradición científica occidental, porque presume que los seres humanos no son más que un elemento—y no necesariamente el más importante—en el orden natural del universo. Además, la tradición historiográfica indígena es oral, involucrando leyendas, historias, y cuentos pasados de generación a generación en formato oral. Es menos enfocada en establecer verdades objetivas y presume que el narrador del cuento es tanto una parte del evento narrado que sería una arrogancia intentar clasificar o categorizar el evento exactamente o para siempre (Delgamuukw v. British Columbia 1997:para. 85).

El hecho de que la Corte habla de la necesidad de cambiar nuestras expectativas hegemónicas frente al discurso del otro es un reconocimiento importante, y más aún, es una invitación a incorporar estos discursos de la otredad como parte integral y no subalterna de la construcción del Estado-nación:

No obstante los desafíos creados por el uso de historias orales como pruebas de hechos históricos, las normas de pruebas deben ser adaptadas para que este tipo de evidencia pueda ser acomodado e igualado a los tipos de pruebas históricas, básicamente compuesto de documentos históricos, conocidos por las cortes (Delgamuukw v. British Columbia 1997, para. 87).

Esta aproximación es importante porque en ella la Corte no impone a los indígenas el aproximarse a las epistemologías occidentales como condición para ser reconocidos, sino que reconoce la necesidad de que sean las instituciones de la sociedad mayor las que se aproximen y reconozca la legitimidad de otras perspectivas del desarrollo."

La consecuencia de estos cambios, según las investigaciones de Scudder, es la incapacidad de creación de tecnologías compatibles con las formas de vida tradicionales y la cultura de los pueblos indígenas. En palabras de Scudder:

"La simplificación de una institución relativamente rígida (en este caso los rituales agrícolas) o del sistema social, tal vez facilite a la población a cambiar eventualmente a nuevas formas de comportamiento. En el caso de la relocalización compulsiva [la consecuencia directa de la imposición de un proyecto de desarrollo en un territorio tradicional indígena], el término 'eventualmente' adquiere un significado mayor, puesto que yo he planteado la hipótesis según la cual, la capacidad de innovación se reduce durante el periodo de transición. Durante este tiempo, el cese permanente o temporal de ciertos patrones de comportamiento puede suponerse como la causa de tensiones posteriores" (Scudder 1973:55).

En resumen, según Scudder, la capacidad inventiva y adaptativa de los pueblos indígenas se ve reducida, cuando no desaparece, como resultado de los cambios producidos por la imposición de proyectos de desarrollo (Scudder 1973:54).

Las observaciones de Scudder se basan también en los primeros trabajos del antropólogo Clifford Geertz, en especial aquellos que analizan la involución de las formas de producción agrícola como resultado de la imposición de proyectos de producción a los pueblos indígenas de Indonesia, por parte del gobierno Holandés, durante el periodo de colonización holandesa.

En el caso de Colombia, situaciones similares han sido documentadas sobre el caso de la imposición de proyectos de desarrollo a los pueblos indígenas.

Uno de los trabajos más amplios en este sentido fue publicado por el Centro de Cooperación al Indígena, CECOIN, en el año de 1995.

En referencia a los proyectos de construcción de carreteras en la región amazónica, el investigador Hernando Muñoz plantea que, aunque las carreteras no impliquen grandes proyectos de infraestructura, justamente su frecuencia implica un impacto social, económico y ambiental tan grande como aquella de las represas hidroeléctricas o los complejos de extracción petrolera y minera, a los cuales están asociadas las carreteras. Estos proyectos se convierten en una amenaza tanto para el ecosistema de selva, como para las formas de vida de los pueblos indígenas en tales ecosistemas (Muñoz 1995).

Por lo general, como argumenta Muñoz, las carreteras están relacionadas con proyectos de mayor envergadura. En el caso del Putumayo, las carreteras están relacionadas con la explotación petrolera. Estas carreteras han generado focos de colonización que limitan el espacio vital de los pueblos indígenas de la región amazónica (Muñoz 114).

El proceso de despojo, pauperización y desaparición de los pueblos indígenas amazónicos como resultado de la imposición de la explotación petrolera, ha sido documentado de manera amplia por investigadores como Augusto Gómez (Gómez 2005).

En estos casos es necesario recordar el mayor proceso de desaparición de los pueblos indígenas generado por la economía extractivista del caucho, documentado por Roberto Pineda Camacho en su tesis doctoral. Proceso al cual, el profesor Roberto Pineda Camacho se refiere como un "Holocausto". (Pineda Camacho 1993)

En el caso del pueblo Barí, de la región del Catatumbo, investigadores como el etnólogo Francés Robert Jaulin, han determinado que la imposición de costumbres por parte de la sociedad nacional, a través de la colonización de los territorios indígenas, realizada con el propósito de llevarles a estos el desarrollo, constituye una forma de "etnocidio". Con este término, el autor francés se refiere a la desaparición de un pueblo a través del abandono de sus costumbres y formas tradicionales de vida y pensamiento (Jaulin 1973)."[56]

Plasmados los criterios antropológicos por entidades especializadas en la materia, los cuales a juicio de la Corte contribuyen a ampliar la visión sobre el tema de la consulta previa de comunidades étnicas y la necesidad de defensa de sus usos y costumbres, es pertinente tener en cuenta que dentro de las iniciativas de protección estatal, una de las formas de acercamiento y reconocimiento ha sido a través de normativa, complementada de jurisprudencia que ha revestido de derechos y garantías a los grupos étnicos de la Nación. Las falencias y ambigüedades en su implementación al igual que la falta de efectividad de dichos mecanismos debe ser a juicio de la Corte, solucionada, entre otros factores, por mayor participación y margen de decisión de las comunidades étnicas en los distintos ámbitos que los afecten, al punto que bajo su cosmovisión puedan plantear la alternativa menos lesiva que permita la pervivencia física y la integridad cultural de tales pueblos. Alternativas de las que se hará referencia más adelante.

De otra parte, es adecuado tener en cuenta que para el caso colombiano según el informe presentado el 08 de enero de 2009 por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Pueblos Indígenas en Colombia, dentro del seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator anterior, en cuanto a la extensión, adjudicación y problemáticas derivadas con las tierras y los recursos naturales, señaló:

"Durante las últimas décadas, Colombia ha avanzado en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el país. Actualmente existen 710 resguardos indígenas titulados, ubicados en 27 departamentos y en 228 municipios del país, que ocupan una extensión, según el Gobierno, de aproximadamente 34 millones de hectáreas, lo que equivale al 29,8% del territorio nacional.[57]

"Varios representantes de los pueblos indígenas, sin embargo, señalan que una gran cantidad de hectáreas compradas y entregadas no son productivas o no corresponden a las necesidades culturales de los pueblos. Sólo 7,68% de los resguardos indígenas (un espacio de 1.290,000 hectáreas) están en zona de frontera agrícola y estos son habitados por aproximadamente el 65% de la población indígena. El resto de hectáreas se encuentran en zonas de selva Amazónica, sabanas de la Orinoquía y desierto en la Guajira[58]."

[56] Folios 412 a 421 del cuaderno de revisión.
[57] Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Colombia Una Nación Multicultural: su diversidad étnica*, Bogotá, 2007, p. 19; Según otras fuentes, los pueblos indígenas solo ocupan 31,694.421.1 hectáreas, un 22% del total del territorio nacional. Houghton, La legalización de los territorios indígenas, Cecoion-OIA, Bogotá (2008).
[58] Información proporcionada por la Oficina de coordinación de asuntos humanitarios (OCAH), Colombia.

Partiendo de la información anterior, ya sea que la ocupación del territorio por pueblos indígenas actualizada sea del 22 o el 29,8 % del territorio nacional, es necesario que el Estado proteja de forma especial las comunidades étnicas allí reconocidas y en proceso de reconocimiento estatal. Por ello, si se tienen en cuenta esos datos oficiales, cerca del 70 % del territorio no está en posesión de comunidades indígenas, zonas en las cuales exceptuando, el de otros grupos étnicos o protegidos por normativas concretas, puede efectuarse bajo un esquema de desarrollo sostenible la explotación de los recursos naturales en un Estado Social y Democrático de Derecho propio de una Constitución ecológica como la de 1991. Por consiguiente, también se hace necesario repensar el tema del desarrollo y la protección de las riquezas naturales y culturales en términos económicos, por lo que es válido preguntarse:

- ¿Cuál es el valor de los ecosistemas y la biodiversidad para el resto de la población en términos de fuentes de agua, aire, descontaminación, etc?

- ¿Son un lujo o un bien natural que busca el equilibrio ante la afectación que se efectúa del medio ambiente en otras zonas del país o del hemisferio?

- ¿Cuánto cuesta descontaminar un río por el tipo de explotación que se usa en la extracción de minerales?

- ¿Se debe proteger el medio ambiente porque se trata de algo bonito o necesario?

- ¿Proteger las comunidades étnicas es un fin indispensable o dispensable?

- ¿Por medio de los conocimientos de las comunidades étnicas y la forma de interrelación con el medio podemos encontrar fórmulas de no extinción acelerada que la cultura occidental plantea?

- ¿A largo plazo, qué es mejor, la existencia de bienes por regalías y réditos derivados de la explotación de los recursos naturales y culturales, o la existencia y protección de dichas riquezas como un mecanismo de identidad y pertenencia para las generaciones presentes y futuras?

Conforme a los interrogantes anteriores, es plausible responder que el debate en torno al "desarrollo" o el "progreso" en territorios de comunidades étnicas debe analizarse a la luz del desarrollo o progreso propio de los pueblos implicados. En otras palabras, debido al reconocimiento de la cosmovisión o mera visión de los pueblos étnicos frente a lo que suele llamarse de forma abstracta el "interés general". Por eso, para la Corte se torna indispensable equilibrar el reconocimiento del "otro" y de las "otras" distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana, con los cuales se tiene el privilegio de coexistir en el mismo territorio.

Por lo estudiado, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.

6. El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios. Referente jurisprudencial en la materia.

6.1. Jurisprudencia en materia de consulta previa en sentencias de tutela.

6.1.1 La Corte Constitucional en materia de consulta previa en lo referente a explotación de recursos naturales o de afectación de los territorios históricamente habitados por las comunidades étnicas, cuando se proyectan impactos drásticos en sus modos de vida e integridad ante la autorización de medidas administrativas que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado sus territorios y con ello su entorno socio cultural. Para ello la Sala hará referencia a las Sentencias **T-428/92, SU-037/97, T-652/98, T-634/99, SU-383/03, T-955/03, T-737/05, T-880/06, T-154/09 y T-769/09.**[59]

Si bien el precedente que se entra a relacionar (en virtud del caso sometido a revisión), ha sido mayoritariamente aplicado a comunidades indígenas, las reglas jurisprudenciales también son aplicables por analogía a todos los pueblos étnicos que existen en la Nación, tales como la población negra, afrocolombiana, raizal, palenquera e incluso los gitanos (rom).[60]

En la **Sentencia T-428 de 1992** la Corte estudió el caso del resguardo indígena de Cristianía, ubicado en jurisdicción del Municipio de El Jardín, Departamento de Antioquia, el cual se veía afectado por la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera que de Remolinos conducía a Jardín en continuación de la "troncal del café", vía contratada por el Ministerio de Obras Públicas de esa época con un consorcio de ingenieros. En el terreno de la comunidad indígena se presentaba una falla geológica, conocida tanto por

---

[59] En la presente sentencia, atendiendo a los problemas jurídicos planteados se hará referencia a los precedentes en los que se han suscitado problemas con medidas administrativas que tienen la potencialidad de afectar directamente territorios indígenas. En cuanto a las medidas legislativas pueden consultarse las sentencias C-418/02, C-891/02, C-208/07, C-921/07, C-030/08, C-227/08, C-461/08, C-615/09 y C-175/09, entre otras.

[60] En el caso de comunidades negras o afrocolombianas como fue señalado en el Auto 005 de 2009 (relativo a la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004), existen diversas iniciativas administrativas actuales que no han contado con el agotamiento de la consulta previa ante la afectación de territorios colectivos de la población afro del país. Para mayor información consúltese el referido Auto. Sin embargo, en materia de control abstracto, la Corte se ha referido a las comunidades antedichas en las Sentencias C-620 de 2003, C-461 de 2008, C-030 de 2008 y C-175 de 2009 e incluso recientemente la Sentencia T-909 de 2009, se refirió al derecho a la titulación colectiva.

las autoridades como por los integrantes de la comunidad, hecho que a juicio de los accionantes no se había contemplado al momento de tomar la decisión administrativa de ampliar la vía en mención.

Después de practicar una inspección ocular en la zona y ante la solicitud de conceptos de expertos, la Corte analizó los temas relacionados con los derechos de los indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, la incidencia de la ampliación de la carretera en los daños ocasionados, el estudio de impacto ambiental, los perjuicios consumados y la tutela, la protección del interés general, el derecho a la protección de la diversidad étnica y cultural en el que hizo referencia al Convenio 169 de la OIT y al conflicto entre dos intereses generales. Una vez se encontró que las obras que estaban proyectadas no tuvieron en cuenta la consulta de la máxima autoridad indígena del lugar, como lo era el gobernador del Cabildo, la Corte resolvió conceder el amparo solicitado y ordenar *"que se mantenga la suspensión de las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada, (Km 5+150 a Km 6+200) hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad (...)"*.[61]

De forma posterior, en la **Sentencia SU-039 de 1997** la Corte revisó el caso del otorgamiento de una licencia ambiental para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, el cual tenía como fin estudiar la existencia de yacimientos petroleros en distintos departamentos del país con proyección de 208.934 hectáreas, las cuales incluían parques naturales y resguardos indígenas. Para la comunidad U'wa la expedición de la licencia ambiental no era procedente en vista de que no se había efectuado el proceso de consulta previa con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la OIT y a la ley.

La Corporación abordó los tópicos relacionados con la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y la protección del Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica; al ejercicio conjunto de las acciones contencioso administrativas y de la acción de tutela en dichos casos. Una vez encontrado que el procedimiento de la consulta previa no se había efectuado la Sala Plena ordenó *"que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U'wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa"*.

---

[61] El Magistrado José Gregorio Hernández Galindo presentó aclaración de voto a la sentencia referida, ya que a su juicio: *"la Corte no está llamada en principio a fallar el caso concreto sobre el cual recayeron ya las sentencias de los jueces de instancia, sino a revisar dichas sentencias dentro de la perspectiva de la Constitución. Cosa distinta es que, con motivo de esa revisión, la Corte encuentre que la interpretación o aplicación de las normas constitucionales ha sido errónea y deba por eso revocar total o parcialmente las providencias que examina, pues entonces sí está obligada a resolver el caso específico a la luz de los principios que considera válidos, sustituyendo así la decisión revocada; al hacerlo, debe partir de los supuestos fácticos que el expediente le ofrece, salvo casos excepcionalísimos"*.

En el asunto resuelto en la **Sentencia T-652 de 1998** la Corte procedió a estudiar el caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, la cual alegaba que en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá (1) en el río Sinú se había pretermitido el trámite de consulta previa. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; las autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y la representación de ese pueblo y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos.

Debido a que la obra ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la Corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas.

Posteriormente, en la **Sentencia T-634 de 1999** se estudió el caso de la actuación administrativa de la Asamblea Departamental del Cesar, por medio de la cual aprobó la creación del municipio de Pueblo Bello, conformado por unos corregimientos y veredas que a juicio de los indígenas se encontraban dentro de la línea negra o zona teológica de la comunidad Arhuaca. Si bien la Corte reconoció que para la creación de dicho municipio no se consultó previamente con la comunidad, sino que, con posterioridad a la expedición de la ordenanza y por mandato de ésta se hizo un referendo que aprobó la creación del municipio, dicha problemática ya se había ventilado ante la jurisdicción contenciosa administrativa siendo favorable a los indígenas, motivo por el que se denegó el amparo solicitado.

Años después, la Corte retomó el estudio de la consulta previa en estos ámbitos revisando el asunto que dio lugar a la **Sentencia SU-383 de 2003,** en el que la Organización de los Pueblos indígenas de la Amazonía Colombiana (Opiac) consideró vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad cultural, a la participación, al debido proceso y al ambiente sano de los pueblos indígenas que representan, en razón que las autoridades accionadas adelantaban en los territorios de los pueblos en mención el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, sin consultarlos previamente y ocasionando un daño ambiental considerable. [62]

[62] Los entes demandados fueron: Presidencia de la República, Ministerios del Interior y del Medio Ambiente –hoy del Interior y de Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial-, el Consejo Nacional de Estupefacientes y cada uno de sus integrantes, tales como el Director Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional.

Para resolver el problema jurídico planteado la Corte procedió a referirse a la acción de tutela y la acción popular en el ordenamiento constitucional como mecanismo para la protección de los intereses colectivos al medio ambiente y a la salubridad pública; al marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales así como a la consulta previa en el ámbito internacional, interno y a nivel jurisprudencial; al igual que a otros temas propios del caso concreto.

Una vez estudiado el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos en la región amazónica, la Corte ordenó que tenía que ser consultado *"de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonia colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."*

Adicionalmente, estimó necesario vincular a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de Nación, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ejercieran la vigilancia respecto del cumplimiento de la decisión.

Posteriormente y relacionado con el tema de la consulta previa en materia de comunidades afrocolombianas, esta Corporación en la **Sentencia T-955 de 2003** estudió el caso de la Comunidad Negra de la Cuenca del río Cacarica ubicada en la Reserva Forestal del Pacífico, la cual demandó al Ministerio del Medio Ambiente y otros, por la autorización y tolerancia de las autoridades en la explotación de madera por parte de terceros en su territorio colectivo.

Para resolver el caso sometido a estudio la Corte se refirió a la situación geográfica, a la identificación, representación, desplazamiento y retorno de la comunidad accionante, a las decisiones proferidas en defensa de los derechos fundamentales de las comunidades negras de la Cuenca del río Cacarica, a la posición de la Comisión Especial para la expedición de la Ley 70 de 1993 sobre la explotación maderera en los territorios colectivos de las comunidades negras, al estado de la explotación maderera en el territorio colectivo de la cuenca del río Cacarica,a la dimensión ambiental y de orden público de la controversia.

Fijado lo anterior, procedió a pronunciarse sobre el interés procesal de los accionantes y a la legitimación en la defensa de la diversidad étnica y cultural de la comunidad actora. Igualmente, se refirió a los derechos reconocidos en la Constitución Política a las comunidades negras y al marco jurídico de su derecho a los recursos naturales, a la identidad cultural asociada al territorio colectivo y a las prácticas tradicionales de producción, así como al alcance del

derecho de las comunidades negras al territorio colectivo y al disfrute de los recursos naturales.

En cuanto al caso concreto, concluyó la Corporación que los derechos fundamentales de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica estaban siendo quebrantados y debían restablecerse por la ausencia de consulta previa en la expedición de las autorizaciones administrativas para explotar los recursos madereros en el territorio colectivo.

En virtud de ello se ordenó al Ministerio del Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma para el desarrollo sostenible del Chocó Codechocó que debían: **(i)** ordenar la suspensión de las explotaciones forestales que se adelantaban en el territorio colectivo de la Cuenca del Río Cacarica y disponer lo necesario para iniciar el proceso de consulta; **(ii)** consultar con los representantes de las comunidades los mecanismos que se utilizarían para adelantar dicho proceso, con el propósito de reglamentar el aprovechamiento de los suelos y bosques comunitarios de las zonas rurales de los ríos de la Cuenca del Pacífico, con pleno respeto de la identidad cultural asociada al río y a los bosques pantanosos maderables, y **(iii)** regular y ejecutar, previa concertación con las mismas comunidades, mecanismos de asesoría, capacitación y acompañamiento que les permitan a aquellas beneficiarse efectivamente de prácticas sustentables de explotación forestal y consolidar simultáneamente su proceso cultural.[63]

Posteriormente, en la **Sentencia T-737 de 2005** la Corte examinó la problemática relacionada con la decisión administrativa de la alcaldía municipal de Mocoa (Putumayo) que afectaba a la comunidad indígena Yanacona Villamaría de Mocoa, la cual había solicitado a dicha autoridad el cumplimiento con lo señalado en el artículo tercero de la **Ley 89 de 1890**[64] relativo al reconocimiento como cabildo. No obstante, dicho funcionario no accedió a tal petición por cuanto previamente ya había efectuado un reconocimiento a otras autoridades de ese Cabildo Indígena Yanacona Villamaría. El accionante señalaba que dicho "cabildo y autoridades reconocidas" correspondía en realidad a un grupo de familias que se separaron de su parcialidad indígena y que de manera abusiva habían usurpado su nombre y su derecho como cabildo.

La Corte se pronunció sobre la protección constitucional a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y encontró que en efecto no se había consultado de forma previa por parte del Alcalde de Mocoa a los dos grupos de

[63] Si bien no está relacionado directamente con el tema de la consulta previa de comunidades étnicas, la Corte en la Sentencia T-909 de 2009 estudió el caso relacionado con la titulación de tierras colectivas por parte del Incoder al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Naya. Allí en la parte considerativa se hizo referencia al derecho de las comunidades negras de contar con el derecho a la consulta previa, aunque el asunto se resolvió a la luz del derecho al debido proceso administrativo por dilación injustificada en decidir sobre la titulación colectiva de la propiedad ancestral de laComunidad Afrodescendiente.

[64] La ley se denomina *"Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada"*

la misma parcialidad indígena del Pueblo Yanacona, en los términos señalados por la Ley 21 de 1991, por lo que halló vulnerados los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes. Por ello, ordenó al Alcalde de Mocoa que iniciara el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacona.

Tiempo después, en la **Sentencia T-880 de 2006,** la Corporación revisó la decisión de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, por medio de la cual expidió una certificación que negó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un Pozo petrolero, por lo que con fundamento en ella el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial le concedió a ECOPETROL S.A. licencia ambiental para realizar obras civiles, levantar construcciones y en general adelantar trabajos exploratorios en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, Municipio de Tibú, (Norte de Santander).

Por los motivos expuestos, el Pueblo Indígena Motilón Barí denunció que su territorio estaba siendo intervenido por los estudios en materia de petróleo. La Corte, una vez se refirió a los temas relativos a la procedencia de la acción de tutela, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, así como la delimitación territorial y explotación de recursos naturales, concedió el amparo y ordenó, entre otros asuntos: **(i)** la suspensión de los trabajos, hasta que culminara el proceso de consulta previa que debía adelantar el Ministerio del Interior y de Justicia, con miras a dar cuenta de la presencia de pueblos indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo 1; y **(ii)** que solo podrían reanudarse si el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, atendiendo a los resultados de la consulta, así lo dispusiere.

En la **Sentencia T-154 de 2009** la Corte revisó el caso de la acción de tutela interpuesta por los Gobernadores de los resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta en contra los Ministerios del Interior y de Justicia, del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Iconder) y la Corporación Autónoma Regional de la Guajira (Corpoguajira), porque se omitió el proceso de consulta previa al momento de la expedición de la licencia ambiental para la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería.

La Corte se pronunció sobre la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; reiteró la jurisprudencia en materia de consulta previa y se refirió a la jurisprudencia Constitucional respecto del principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela. Sin embargo, denegó el amparo solicitado porque sí fueron efectuadas las consultas con buena parte de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Sumado a ello, encontró que la acción carecía de sustento en la medida que fue interpuesta dos

años después de la ocurrencia del acto generador de la consulta que, en todo caso, sí había sido realizada.

Recientemente, en la **Sentencia T-769 de 2009** la Corte se pronunció sobre la tutela interpuesta por los miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, ante la autorización que se le diera a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, denominado proyecto Mandé Norte.

La Corte reiteró la jurisprudencia relativa a la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas por medio de la consulta previa, ante la exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas. Analizado el caso concreto encontró que la consulta previa no había sido efectuada a pesar de que se habían iniciado trámites administrativos con un acta de protocolización, ya que las comunidades implicadas no habían tenido la posibilidad de pronunciarse de fondo ante la inminencia de la ejecución del proyecto. En virtud de ello la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación mencionadas hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades.

Adicionalmente, ordenó a distintos organismos del Estado orientaciones respecto de sus competencias en el caso concreto.

6.1.2 Conclusión. Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada asunto, desde el principio se advierte que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas.

Como se pudo apreciar en la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo.

7. De la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios.

7.1 El convenio 169 de 1989[65] en el artículo 6.1, contempla en materia de consulta previa lo siguiente:

> "ART. 6°—1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:
> a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarle directamente;
> b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, y
> c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
> 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**" (Énfasis por fuera del texto original).

En los apartes subrayados de la norma, si bien el Convenio contempla la obligatoriedad de la consulta en un escenario previo a cualquier tipo de intervención en el territorio, se plantea igualmente como una finalidad la de llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento acerca las medidas de impacto.

Del mismo modo, el artículo 16 de la mencionada convención contempla de forma imperativa que el traslado de los pueblos indígenas sólo podrá efectuarse bajo su consentimiento libre, pleno de ilustración y conocimiento de causa, veamos:

> "ART. 16. —1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
>
> 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (Subrayado por fuera del texto original).

[65] Adoptado en Colombia por la Ley 21 de 1991, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio No 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la conferencia general de la OIT, Ginebra 1989".

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento."

Por lo anterior, aplicando una interpretación sistemática del Convenio, es posible concluir, como surge a continuación del derecho internacional, que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de las comunidades implicadas antes de adoptar cualquier tipo de medida que implique el traslado de la comunidad, ya que esto desconoce al rompe el derecho a la existencia e integridad de las etnias.

En efecto, ante la necesidad de reforzar la protección de los pueblos indígenas, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU, estableció:

"Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo." (Subrayado por fuera del texto original).

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual."

Como se observa, el consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas.[66] Ello se apoyó

[66] En el referido caso la CIDH revisó la problemática derivada de la construcción de una una represa hidroeléctrica que en la década de los sesentaque inundó territorios tradicionales de los Saramakas. Ante los efectos continuos asociados por la obra representantes de la comunidad étnica que hace parte del Estado de Surinam, expusieron que dicha intervención desconoció: la falta de consentimiento del pueblo Saramaka para dicha construcción; algunas sumas de dinero respecto de la cantidad del área inundada y la cantidad de

en pronunciamientos del Relator Especial de la ONU para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, al igual que de distintos organismos y organizaciones internacionales que han señalado la necesidad de adicionar a la mera consulta el consentimiento previo, libre e informado. Así, los Estados y las entidades obligadas e interesadas en la protección de los derechos indígenas deberán buscar el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que tengan impacto en sus territorios.

El anterior criterio fue acogido por la jurisprudencia de la Corte en la Sentencia T-769 de 2009, en los siguientes términos:

> "Frente a lo anterior, esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.."[67]

No obstante, la Sala no puede dejar pasar por alto que la anterior premisa, plantea varios interrogantes cómo:

i) ¿El consentimiento libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención?

ii) ¿El consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala?

iii) ¿La consulta previa y el consentimiento son las únicas garantías que debe prestar el Estado y sus concesionarios a las comunidades étnicas?

(i) La respuesta al primer interrogante conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es fácil, ya que se está ante una problema de dos extremos difíciles: puesto que de un lado está la consulta previa veto (que

---

Saramakas desplazados del área; la indemnización que se les otorgó a aquellos que fueron desplazados; la falta de acceso a la electricidad en los llamados pueblos de "transmigración"; el doloroso efecto que tuvo la construcción respecto de la comunidad; la reducción en los recursos de subsistencia del pueblo Saramaka; la destrucción de los sitios sagrados Saramaka; la falta de respeto hacia los restos enterrados de las personas Saramaka fallecidas; el impacto ambiental causado por las empresas extranjeras a las que se les ha otorgado concesiones mineras en el área, y el plan del Estado de incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía, que presuntamente causaría el desplazamiento forzoso de más Saramakas, lo cual ha sido objeto de un reclamo presentado por los Saramaka ante las autoridades internas en el año 2003.

[67] Para mayor información puede consultarse la Sentencia T-769/09 por medio de la cual la Corte implementa la decisión de la CIDH en el caso Saramaka versus Surinam.

estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

Por ello, todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por "absurdas o exóticas" que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

En este punto, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.

No obstante, los distintos casos que han sido objeto de revisión por parte de la Corte en esta materia permiten concluir que la consulta previa no ha sido llevada ni cumplida con el rigor que merece; puesto que en los casos sometidos a revisión ha sido constante por parte de las entidades accionadas la asimilación del proceso de consulta a un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos. En esa medida, es imprescindible para este Tribunal que el proceso no se límite sólo a la etapa previa a la intervención en los territorios étnicos, razón por la que se requiere de formulas que permitan equilibrar los fines del Convenio 169 de la OIT y los desarrollos posteriores en la materia.

En virtud de lo expuesto, la Corte encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo.

De otra parte, no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las

diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce al rompe los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios.[68]
Dichas alternativas se complementan con la posibilidad de que no sólo la comunidad directamente afectada sino la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas contemplada en el **Decreto 1397 de 1996**, conforme a sus funciones tengan la oportunidad de apoyar y participar de la discusión.[69]

Dicha opción ya había sido esbozada por la jurisprudencia de la Corte en la **Sentencia T-382 de 2006**, en la que determinó:

---

[68] En cuanto al tema de los tiempos que debe llevar la consulta previa, el profesor Daniel Aguirre Licht en su concepto elaborado para el Departamento de Antropología de la universidad de los Andes allegado a este proceso, resaltó en cuanto a la expresión "*de una manera apropiada a las circunstancias*", su significado no puede ser otro que el Estado debe ajustarse a los tiempos y mecanismos en el sentido en que los interpretan y entienden los consultados y conforme a sus modalidades culturales. A este respecto, es pertinente citar a Pineda (2002: 100): *"(...) Por ejemplo, los kogui toman decisiones por medio de diversos procedimientos de adivinación y pagamentos –ofrendas- que pueden durar algunos días, determinadas semanas e incluso varios años. Cuando el Plan Nacional de Rehabilitación creó los Consejos Tradicionales para discutir con las autoridades indígenas de la Sierra Nevada los proyectos de "desarrollo", los Mamos o sacerdotes indígenas se rebelaron, porque ellos no eran "administradores" sino adivinos. Los wayúu –y muchos otros pueblos- consultan de veras la almohada, vale decir, el chinchorro o la hamaca. La interpretación de los sueños constituye un factor decisivo para la toma de una decisión y para el análisis de los impactos; las premoniciones explican, en gran parte, su actitud ante una consulta o ante la vida".*

Todo lo anterior sin contar con el problema de la traducción en diferentes lenguas. Pocos indígenas son verdaderamente competentes en español, aunque por dignidad digan que lo entienden bien, aún viviendo entre nosotros; y nosotros muchas veces no entendemos igual los términos en español. El antropólogo Roberto Pineda nos recuerda que la palabra 'consulta' puede ser una cosa u otra, dependiendo de quién lo interprete (Pineda, 2002). Puede significar *tener en cuenta el punto de vista del otro, pero conservando la potestad de decidir*. Pero también hay quienes creen que significa *acordar, concertar y hasta otorgar o reconocer al consultado la capacidad de decidir*; sin embargo, otros consideran que puede asimilarse a *informar*. (Subrayados por fuera del texto original).
[69] El mencionado decreto "Por el cual se crean la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la mesa permanente de concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones", en lo pertinente para la materia que se está tratando contempla:
"**ARTÍCULO 11. OBJETO.** La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen."
Dentro de las funciones es pertinente y necesario, contar con que las funciones son:
"**ARTICULO 12. FUNCIONES**. La Mesa Permanente de Concertación, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplirá las siguientes funciones:
"2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

"8. Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto". (subrayado por fuera del texto original).

> "La posibilidad de usar talleres preparatorios en los cuales se informe debidamente cuáles son las medidas normativas a presentar y qué tipo de consecuencias pueden tener éstas sobre cada tribu, para después efectuar la Mesa de Concertación respectiva.
>
> A juicio de esta Sala, frente a este contexto, la acción de tutela procedería para garantizar la socialización efectiva de la información, esto es, teniendo en cuenta los usos y costumbres de cada etnia, y para la realización de una Mesa de Concertación bajo los postulados mínimos del Decreto 1397 de 1996, en la cual se promuevan los mecanismos para intentar llegar a un consenso y se garantice la formación de un consentimiento completo, libre, previo e informado." (Subrayado por fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: **(i)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(ii)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(iii)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine.*

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1° y 2° Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte

de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.[70]

Lo anterior, halla sustento ante la necesidad de apoyar los procesos de pervivencia que las comunidades étnicas tienen que afrontar en la actualidad, sumado a que los eventos límite señalados por la Corte están armonizados con las recomendaciones contenidas en la declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios aprobada recientemente por el Congreso de la República del Perú. En declaración del 26 de mayo de 2010, el mencionado funcionario expuso:

> *"La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible mas allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos."*

(ii) Concatenado con lo anterior, subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a sí el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Para la Sala la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas.

(iii) La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de "infraestructura o desarrollo", ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada. Este derecho está contemplado en el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, en los siguientes términos:

> "**ART. 15.** — 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

[70] La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio *pro homine*, sobre este mecanismo de interpretación pueden consultarse las Sentencias C-251/97, C-318/98, C-148/05 y, T-037/06, T695/07, T-009/08, T-791/09.

"2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades." (Subrayado por fuera del texto original).

La anterior disposición está armonizada con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla la protección del derecho a la propiedad, así:

"**Articulo 21.**
1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley." (Subrayado por fuera del texto original).

En virtud de la normativa anterior y a la luz de la que a nivel interno contempla el derecho a la indemnización según sea el caso concreto, es pertinente tener en cuenta que el uso del territorio no se limita a la grave privación de un título de propiedad sino que se traduce en la imposibilidad de que la comunidad pueda gozar y usar de forma regular el territorio. Por ello, no sólo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino en efecto garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de forma equitativa.[71]

Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que con el fin de garantizar *"los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutualmente aceptable en los beneficios [...].*[72] *En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo".*

[71] Al respecto puede consultarse el Informe del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, presentado por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención.
[72] ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra* nota 97, párr. 66.

7.2 Conforme a lo expuesto, la intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, es preciso insistir en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención.

8. Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas.

Requisitos o reglas jurisprudenciales.

8.1 Encuentra pertinente la Sala, conforme a las consideraciones anteriores, reiterar en el caso del derecho fundamental a la consulta previa las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para tal fin, al igual que concretar la ampliación del ámbito de protección en materia de participación y búsqueda del consentimiento libre, previo e informado y el derecho a compartir los beneficios de las obras; así como la protección de la riqueza arqueológica de la Nación.

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: [73]

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

---

[73] Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las **Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009**. En virtud de ello la Sala procederá a trascribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine.*[74]

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.[75]

---

[74] Sobre el particular pueden confrontarse los capítulos (5) y (7) de esta providencia, concernientes a la tensión entre las distintas visones de desarrollo y a la importancia de logar el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos.

[75] Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

9. Análisis del caso concreto.

9.1. Introducción.

Como se puso de presente en el planteamiento del problema jurídico de ésta providencia, el motivo que llevó a los representantes de las comunidades Embera Katío de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, ubicados al norte del Departamento del Chocó, a interponer la presente acción de tutela se derivó de dos problemáticas centrales que consideran que afectan sus derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural por la ausencia de consulta previa.

La primera está relacionada con la intervención que se proyecta en partes de sus territorios para la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales, como: **(a)** los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos; **(b)** el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; y **(c)** los trámites relativos a la concesión minera para explotación de minerales.

De otra parte, en cuanto a la segunda problemática manifiestan que por la fragmentación en que fueron reconocidos los resguardos, dicha circunstancia ha facilitado la presencia de colonos que de forma irregular ocupan sus territorios y explotan los recursos naturales ocasionando daños ambientales a zonas del resguardo y aledañas al mismo. Adicionalmente, informan que por la

expectativa sobre las obras y la fragmentación del territorio, al igual que la existencia de grupos al margen de la ley, las comunidades se encuentran en peligro de desplazamiento, situación que advierten no ha sido solucionada por parte de los organismos competentes del Estado.

Conforme a lo expuesto corresponde a la Sala resolver: **(i)** si las conductas desplegadas por las entidades accionadas han desconocido los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas accionantes en lo relativo al agotamiento de la consulta previa para la proyección de las obras de infraestructura y la explotación de recursos naturales en sus territorios; y **(ii)** si se hace necesario asumir medidas relativas al saneamiento de los territorios por la presunta ocupación irregular de los mismos y el presunto peligro de desplazamiento forzado que denuncian.

9.2. Aclaración preliminar.

Antes de entrar a estudiar de fondo el presente caso, es pertinente resaltar que el asunto reviste singular importancia porque se trata de la reclamación que hace un grupo de indígenas sujetos de especial protección constitucional.

Igualmente, lo sometido a revisión presenta relevancia para la economía y "desarrollo" del país por la envergadura y la escala de los proyectos de infraestructura que se pretenden implementar, los que tienen la fuerza de repercutir no sólo en la comunidad indígena accionante sino en los habitantes de los municipios aledaños que se verían implicados por la llegada de las obras y proyectos en términos de acceso al trabajo, vías, energía eléctrica, regalías, integración nacional y latinoamericana, etc.

Como consecuencia de lo anterior, también se encuentra en juego la explotación y desarrollo sostenible de las riquezas naturales y la protección de los bienes culturales de la Nación. Por las razones descritas la Corte procedió a invitar a distintos sectores vinculados con agremiaciones económicas, de desarrollo, mineras y a los departamentos de antropología de todas las facultades existentes en el país sobre la problemática que la Corte entra a resolver.[76]

Además, se ordenó en sede de revisión a todas las entidades implicadas informar a esta Corporación el estado de los proyectos o diligencias que se están adelantando en lo que concierne a lo de su competencia y/o que corresponda con los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia; es decir, en lo relacionado con los proyectos que se desarrollarían en los resguardos. Respuestas que serán tenidas en cuenta en conjunto con lo contestado a los jueces de instancia para resolver el presente caso concreto.

[76] De la misma forma la Corte reconoce que el asunto sometido a estudio suscitó la intervención de distintas organizaciones defensoras de derechos humanos e interesadas en la protección de comunidades étnicas.

Sumado a ello, se recibieron testimonios de miembros de las comunidades reclamantes y con el consentimiento del pueblo accionante se pudo efectuar una inspección judicial en los resguardos y verificar personalmente el estado de la colectividad y los lugares en que las obras están proyectadas ejecutarse.

Por último, la Corte es consciente de que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el 6 de marzo de 2009, se pronunció sobre la problemática presentada por los resguardos Chidima y Pescadito, recomendando que se garanticen por parte del poder Ejecutivo colombiano los derechos derivados de la propiedad y la posesión y por tanto se suspendiesen las actividades hasta que no se adelantara la consulta previa de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y se adoptaran medidas relacionadas con la intrusión en el territorio de los resguardos.[77]

9.3. Metodología de resolución del caso.

Debido a la complejidad de lo que es sometido a revisión por la cantidad de entidades accionadas y la variedad de problemáticas que presuntamente afectan el territorio de los accionantes, la Sala abordará el estudio en una primera parte en lo que se refiere a la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales para evaluar si la consulta previa es necesaria o si fue o no realizada en debida forma: **(i)** a la construcción de la carretera entre los municipios de Acandí y Unguía; **(ii)** al proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá y **(iii)** a los trámites relativos a la concesión para explotación minera.

Posteriormente, se referirá a la problemática denunciada por la presunta fragmentación del territorio, la ocupación por parte de colonos y el peligro de desplazamiento.

9.4. De la construcción de la carretera.

9.4.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la carretera o que intervinieron por este aspecto: Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías (Invias), Agencia Logística de las Fuerzas Militares, Décimo Séptima Brigada de las Fuerzas Militares, alcaldías de Unguía y Acandí, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial, Codechocó y Ministerio del Interior y de Justicia.

-El Ministerio de Transporte manifestó que el adelantamiento de la consulta es de absoluta competencia de las alcaldías de Unguía y Acandí, a través de sus representantes y concejos municipales ya que dicha autoridad sólo revisa los proyectos presentados por los entes territoriales en ese aspecto. Adicionó que la obra pertenece al mejoramiento de una vía en lo concerniente a la conformación de la calzada existente, construcción de alcantarillas y muros,

[77] La referida Comisión el 24 de febrero de 2010, instó nuevamente al Gobierno colombiano a tomar medidas urgentes por las razones descritas. Para mayor información: www.ilo.org

etc., lo cual se traduce en una nueva vía de donde se supone que las consultas, permisos, licencias ambientales y autorizaciones de los concejos municipales ya se habían obtenido.

-El Invías puso de presente que suscribió convenio interadministrativo número 1991 de 2006 con el municipio de Acandí, quien contrató y ejecutó entre noviembre de 2007 y abril de 2008 obras de mejoramiento de la vía Acandí – Unguía, informando que estas actividades que consisten en afirmado de la vía no requieren consulta previa y que tal como lo solicitó la comunidad en la época de ejecución del contrato, no se intervinieron los 4 kilómetros ocupados por las comunidades accionantes. De otra parte señaló que la fuerza logística de las Fuerzas Militares es la encargada de ejecutar las obras.

-La referida Agencia adscrita al Ministerio de Defensa contestó que ha intentado por distintos medios y recursos una solución para que el proyecto Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, sector K26+00 A K34+700, que corresponde a una vía afectada por la ola invernal, se lleve a cabo con el lleno de los requisitos técnicos legales exigidos en las normas que rigen la materia; labor que a la fecha no ha iniciado por cuanto la Agencia Logística está a la espera de que se cumplan por los directamente responsables y beneficiarios las exigencias de consulta previa, licencia ambiental y diseños técnicos de la vía, que son compromisos ajenos a las obligaciones asumidas por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares.

-La alcaldía de Unguía informó que dentro de los límites de su municipio no se encuentran los resguardos accionados, motivo por el que no era responsabilidad suya agotar la consulta respectiva y no podía ser obligada a suspender la obra en su territorio. El municipio de Acandí no dio respuesta a la presente acción de tutela.

-El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial manifestó que en lo referente a la licencia ambiental la autoridad competente es Codechocó, circunstancia que la Corporación Autónoma ratificó sucintamente en sede de revisión sin informar nada de lo solicitado por esta Corporación en lo que respecta a los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

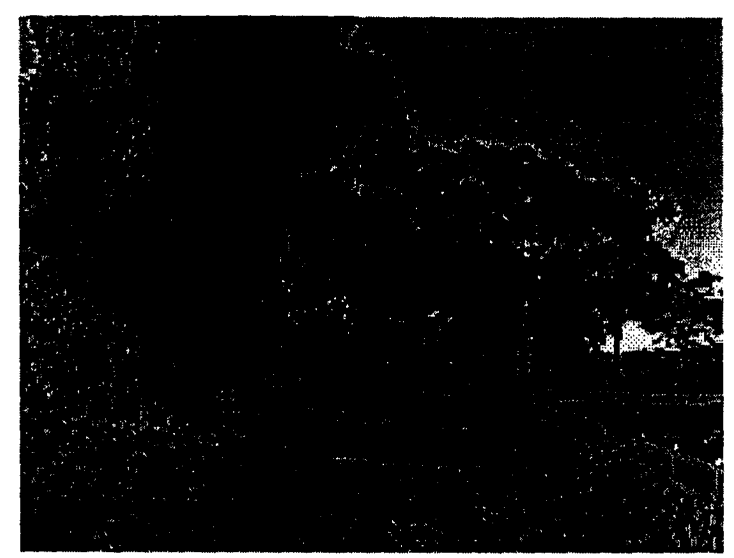
-El Ministerio del Interior y de Justicia informó que el Alcalde del municipio de Acandí, por medio de escrito fechado el 29 de agosto de 2009, solicitó adelantar los trámites necesarios para la realización de la consulta previa, pero que ante la cantidad de procesos vigentes de los sectores minero, petrolero, vial, de parques nacionales, y el insuficiente número de consultores disponibles no ha instado a las comunidades para fijar fecha para una preconsulta. Agregó que no se ha adelantado la consulta en vista que no se ha desarrollado obra alguna respecto de la carretera.[78]

---

[78] Respuesta obrante a folios 467 y 468 del cuaderno de revisión.

9.4.2 De las respuestas e informes relacionados con anterioridad, la Sala encuentra probado que dentro de las zonas de los resguardos está proyectado realizar el mantenimiento y la construcción de la carretera denominada Titumate- Balboa- San Miguel-Acandí, pero por distintos factores que van desde el orden presupuestal como el técnico no se ha realizado.

En la inspección judicial efectuada por la Corte se pudo verificar que en lo que respecta al resguardo Pescadito el trazado que trae la carretera conectaría directamente con la comunidad, ya que *"el proyecto de la carretera intervendría directamente la zona del resguardo ya que pasaría muy cerca del lugar de donde más se concentra población de la comunidad Pescadito. Adicionalmente, el gobernador del resguardo procedió a señalar la montaña y el bosque sur-oriental el cual es considerado por los indígenas como sagrado, ya que es una de las zonas más conservadas del resguardo. Del mismo modo, se apreció que a tan sólo a 80 metros de donde culmina el camino de herradura, en línea recta éste desaparece ya que variedades de árboles y plantas dificultan la continuidad del camino al punto que lo hace desaparecer."*[79]



Fotografía 1 (Vía a los resguardos desde Acandí).



Fotografía 2 (Ingreso a los resguardos hasta dónde va la carretera).

---

[79] Folios 361 a 363 del cuaderno de revisión.



Fotografía 3 (Ingreso a los resguardos hasta dónde va la carretera).



Fotografía 4 (Trazado de la vía dentro del resguardo Pescadito.



Fotografía 5 (Panorámica del resguardo Pescadito)

En lo concerniente al impacto que pudiese tener la construcción de la carretera en el resguardo Chidima-Tolo, la verificación en la zona fue plasmada en los siguientes términos:

"(...) la carretera retomaría el curso dentro de la zona del resguardo pasando por encima del río Tolo a través de un puente que cruzaría en las partes que constan en las fotografías 62 a 65 de la carpeta 4. Luego, la carretera atravesaría la zona de explotación ganadera del referido colono Torres en sentido occidente sur-oriente para después en forma de U orientarse al norte. Si ello es así, es evidente que buena parte de viviendas del resguardo e incluso la escuela deberían ser reubicadas; al respecto pueden observarse las fotografías 26,32, 33, 39, 40, 41, 42, 48 y 51." [80]

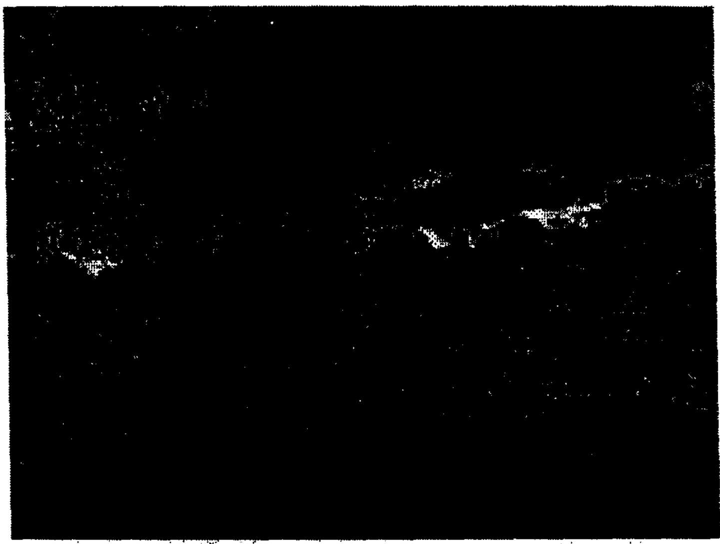


Fotografía 6 (Río Tolo).

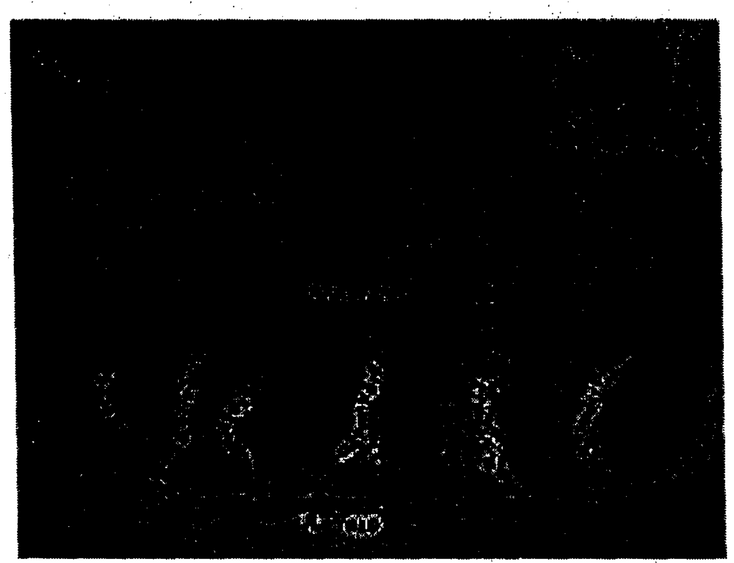


Fotografía 7 (Panorámica del resguardo Chidima).

[80] Folios 361 a 363 del cuaderno de revisión.



Fotografía 8 (Panorámica del resguardo Chidima).



Fotografía 9 (Mapa elaborado por la comunidad respecto de su concepción de lo que es el trazado de la carretera).

Considerando lo anterior y lo informado por las entidades accionadas en lo de su competencia y de acuerdo con lo verificado por la Corte en la zona, se concluye que la consulta previa no ha sido agotada para la construcción de la carretera. Lo afirmado lo refuerza la propia inspección no consultada con las comunidades indígenas por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Armadas efectuada por vía aérea los días 20, 21 y 22 de mayo de 2009, la cual contó con la participación de representantes de la alcaldía de Acandí y Corpochocó y de la que se concluyó: *"(i) la vía hay que construirla en los (4) kilómetros faltantes, por tal motivo requiere la licencia ambiental; además estos mismos 4 kilómetros se evidencia la necesidad de la construcción de un puente de sesenta (60) metros de luz sobre el río Tolo el cual no está contemplado en ningún capitulo del proyecto. 2) <u>no se ha socializado y mucho menos se ha iniciado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas</u>. 3) No existe información técnica en general del proyecto. Por tal razón se solicitó a la Dirección General de la Agencia logística no iniciar las obras hasta que se hayan aclarado y solucionado los puntos mencionados."*[81]

[81] Folios 361 a 363 del cuaderno de revisión.

Conforme a lo anterior y contrario a lo sostenido por los jueces de instancia según a lo informado por las autoridades consultadas, no se trata del mero mantenimiento de la vía, sino de la construcción de la carretera con todo lo que ello implica, por tanto como fue especificado en las consideraciones de esta providencia el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas debe respetarse desde el inicio de todo acto o proyecto que implique la intervención en el territorio. Lo anterior, para que durante toda la etapa de proyección en este caso de la carretera se contemplen a nivel técnico y presupuestal los intereses e inconformidades que puedan manifestar las comunidades potencialmente afectables.

Tanto es así que en la declaración rendida por la señora Rosa Domicó ante la Corte, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí, en cuanto a la construcción de la carretera, afirmó:

> "yo quiero hablar sobre la carretera, nosotros la comunidad y mi persona no estamos de acuerdo que pase la carretera dentro del territorio de nosotros. PREGUNTADO: ¿Por qué razón? porque automáticamente se pierde nuestra cultura, nuestra tradición, todo, porque la carretera para nosotros trae muchos problemas traerá más soldados, quizá más grupos armados, más personas ingresaran y habrá muchos carros y los olores de la gasolina no son los de nosotros, esa no es la cultura de nosotros, habrá desplazamiento forzado, habrá desaparición de los indígenas y eso es lo que no queremos."[82]

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo en el informe del proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada - Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009, dedicó un detallado capítulo al proyecto de la vía entre Acandí y Unguía precisando que dicho trayecto haría parte de la carretera panamericana y que el trazado según el informe es uno de las once (11) opciones para la construcción de la carretera:

> "La construcción de la carretera Acandí – Unguía quedó paralizada a mediados de los años noventa debido a la oposición de las comunidades indígenas de Chidima y Pescadito, toda vez que el trazado de la misma atraviesa por la mitad los territorios de ambas comunidades. Desde ese entonces, las comunidades indígenas, hoy configuradas legalmente como Resguardos, se han opuesto a su terminación pues consideran que lesiona la integridad del pueblo Embera.
>
> A pesar de contar con un título de Resguardo, su derecho al territorio se encuentra en riesgo de ser afectado por el proyecto de construcción de la carretera Acandí – Unguía, cuyo trazo pasa exactamente por la mitad del Resguardo; la comunidad ha informado que las obras de la carretera iniciadas en la década del noventa afectaron parte de sus cultivos y la integridad física y cultural de la comunidad.
>
> El intento de implementación de la carretera generó problemáticas para la comunidad de Pescadito con la división del territorio en dos partes y el daño de cultivos de yuca y arroz durante el proceso de remoción de tierra; el paso de motos y tractores generó pozos de agua y daño en los ríos, lo que a su vez hizo que algunos animales se enfermaran, según se manifiesta en el Resguardo de Chidima.

[82] Folio 356 del cuaderno de revisión.

Las mujeres de la comunidad indígena del Resguardo de Pescadito afirman que el paso de la carretera implica angustia, ya que los niños y las niñas no se encuentran acostumbrados a los carros o las motos y temen que estos puedan atropellarlos. Así mismo, manifiestan que desde su cultura existen ciertas libertades e independencia dentro del territorio del resguardo, que se verían seriamente afectados con el paso constante de personas.

El trazo de la carretera pasa por la mitad de ambos Resguardos y, específicamente, por los lugares donde están asentadas las viviendas de las comunidades. Desde la óptica de las comunidades indígenas, el paso de la carretera implicaría un flujo de personas no indígenas que terminaría por destruir la cultura indígena, ya que las niñas y los niños estarían permanentemente expuestos a la influencia de la cultura occidental. Incluso ahora, manifiestan, debido al flujo permanente de gente extraña las mujeres ya no pueden estar con el pecho descubierto y en las casas han tenido que introducir una característica ajena a la cultura Embera: las habitaciones.

Para las comunidades indígenas de Chidima y Pescadito, la carretera genera destrucción de la naturaleza mediante la tala de árboles para su construcción y la contaminación de quebradas, ríos y del aire que se derivan del paso permanente de vehículos.

Las comunidades indígenas expresan que están de acuerdo con el desarrollo del Darién, - que se presume se lograría con la terminación de la carretera –, no obstante, no están de acuerdo con que el desarrollo afecte sus derechos a la autonomía y al territorio. En este sentido, la Asociación de Cabildos Indígenas Kuna Embera Katío del Darién – ACIKEK –, en comunicado del 13 de febrero de 2009, expresó lo siguiente:

"En esta oportunidad queremos expresar que no estamos en contra del desarrollo y también entendemos la preocupación de algunos sectores sociales por nuestra oposición. Nosotros como pueblos indígenas queremos que haya un desarrollo en la región sin detrimento a nuestros derechos ancestrales y que no atente contra nuestro territorio, sin poner en peligro los procesos socioculturales.
Los municipios de Acandí y Unguía son muy amplios, por lo tanto proponemos que se estudien trazados alternativos de la carretera que no pase por la mitad ni cerca de nuestros territorios."

Hace 500 años el continente americano era todo de los pueblos indígenas: hoy sólo una pequeña parte nos pertenece y quieren pasar este y otros mega proyectos precisamente por nuestro territorio. Tememos que si lo hacen, las comunidades indígenas estén condenadas a desaparecer."

En este sentido, es importante precisar que los territorios indígenas se encuentran bordeados por vastas fincas dedicadas a la ganadería extensiva: terrenos planos y desprovistos de árboles por los cuales pueden circular vehículos cuando los propietarios de dichos terrenos lo permiten. De hecho, en estos momentos es posible desplazarse en carro campero desde el poblado de Peñaloza en el sur de Acandí hasta el poblado de Balboa en el norte de Unguía, sin atravesar los territorios indígenas.

(...)

Ahora bien, la carretera Acandí – Unguía aparece reseñada como uno de los posibles pasos de la Vía Panamericana (dos de los once tramos posibles atraviesan los municipios de Acandí y Unguía), de forma tal que la obra adquiere unas connotaciones

significativamente diferentes a las que se han presentado ante la población cuando se refiere a la construcción de un pequeña vía para unir dos municipios."

Mapa de los trazados más probables para la construcción de la Vía Panamericana.

Como se puede apreciar en el informe publicado por la Defensoría del Pueblo, existen alternativas concretas a la elaboración de la carretera tal y como está planteada sin que ello implique necesariamente la puesta en riesgo de las comunidades. Si dichos criterios son tenidos en cuenta antes del inicio de la obra, la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, libre, previo e informado dejaría de ser un mero formalismo para materializarse en lo que el Convenio 169 de la OIT busca, que es la protección y participación efectiva de las comunidades étnicas.

No obstante, como quedó fijado en las consideraciones de esta providencia, ante la existencia de alternativas a la construcción de la obra, que implicaría el traslado de la comunidad como pudo ser constatado, la Corte encuentra que en este caso concreto el consentimiento de las autoridades del resguardo tiene el poder de vincular la decisión final en la que primará la alternativa menos lesiva de los derechos étnicos.

9.4.3 En virtud de todo lo expuesto la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos al adelantamiento de la consulta previa solicitada por la Alcaldía de Acandí el 29 de agosto de 2009, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía a las opciones descritas en el informe de la Defensoría del Pueblo que reposan en el proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensoríal Descentralizada - Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009 y a las que la comunidad y el proceso determinen.

La consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado deberan observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, se ordenará suspender la ejecución de las obras de la carretera denominada Unguía- Acandí ó Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, en el sector K26-00 al K34-700 en el municipio de Acandí, en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades referidas.

9.4.4 En armonía con lo anterior, en vista de que parte del proyecto de la carretera involucra la intervención de cuatro (4) kilómetros que no son de mantenimiento sino de construcción, la Corte encuentra oportuno advertir a la Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó (Codechocó), que debe abstenerse de expedir licencia ambiental para la construcción de la carretera, sin que se cuente con el agotamiento de la consulta previa en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

9.4.5 Adicionalmente, se ordenará a la alcaldía de Acandí considerar los derechos de las comunidades indígenas de la zona y la importancia de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación. Para materializar lo anterior la alcaldía, por medio de la red de instituciones educativas pertenecientes al municipio, deberá adelantar de forma periódica y constante campañas pedagógicas sobre la materia.

9.5. Del proyecto de interconexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá.

9.5.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la interconexión eléctrica o que intervinieron por este aspecto: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Ministerio de Minas y Energía; Ministerio del Interior y de Justicia e Interconexión eléctrica SA-ESP (ISA).

-El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial informó que las actividades para la elaboración del Plan de Manejo Ambiental, mediciones y señalamientos de puntos geo-referenciados donde se colocarían las torres de transmisión eléctrica no requiere proceso de consulta previa porque, a la fecha, el trámite de licenciamiento ambiental se encuentra suspendido, como quiera que la empresa ISA, no ha presentado Estudio de Impacto Ambiental nuevo. De otra parte, en caso de presentarse, dicho Ministerio afirma que no otorgará licencia ambiental al proyecto hasta que no se cumpla con el proceso de consulta previa establecido en el Decreto 1320 de 1998.

-El Ministerio de Minas y Energía puso de presente que la entidad encargada de realizar el procedimiento de la consulta previa es la autoridad ambiental, situación que aplica para las obras de infraestructura energética. Adicionalmente, en sede de revisión informó que en la actualidad no se tiene certeza sobre el trazado de la línea y no se sabe con seguridad si las redes y

torres van a cruzar los predios de los resguardos indígenas, por lo que aún no es pertinente adelantar la consulta previa. Agregó que la actividad realizada en el campo en el 2007 se tradujo en la marcación de puntos de foto-control en tierra para la toma de fotografías aéreas con la finalidad de determinar posibles rutas de la línea de trasmisión, pero que no se trata de la localización de sitios de torre definitivos.

-El Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que en la actualidad no se encuentra adelantando proceso de consulta previa alguno con las comunidades de Pescadito y Chidima relacionado con la interconexión eléctrica.

9.5.2 En sede revisión ante la vinculación que se hiciera de la empresa Interconexión eléctrica SA- ESP (ISA),[83] la Corte pudo corroborar que la entidad ha procurado respetar los derechos de las comunidades indígenas implicadas. Incluso en la respuesta allegada a esta Corporación presentó de forma detallada los antecedentes del Proyecto de interconexión eléctrica entre las Repúblicas de Colombia y Panamá. Posteriormente, se pronunció sobre el diagnóstico ambiental de cuyo estudio se identificaron un conjunto de corredores de alternativas factibles ante la presencia de territorios étnicos los cuales son considerados de alta susceptibilidad ambiental para el proyecto.

Allegó imágenes satelitales relativas a los corredores ambientalmente óptimos en la zona donde se localiza el resguardo de Chidima y puede advertirse que por fuera del resguardo se aprecia un área amplia en la cual ISA planea trazar la línea, sin afectar dicho resguardo, en caso de que se decida realizar el proyecto y que se opte por el corredor ambientalmente óptimo.

Agrega que aún no se sabe si el proyecto será llevado a cabo porque no se conoce si es viable, técnica, jurídica y financieramente. Por lo que al no proyectarse que la línea vaya a cruzar por el resguardo de los Embera, no se podría iniciar la consulta previa, situación que hasta el momento no se presentaría. Hizo referencia a la actividad realizada en campo en el año 2007 y a la marcación de puntos de foto-control en tierra para la toma de fotografías aéreas, con la finalidad de determinar posteriormente posibles rutas de trazado de la línea pero sin que signifique la localización de las torres.

La Corte resalta que bajo los principios de participación de la consulta previa y por lo afirmado por los accionantes en la presente acción de tutela ingenieros contratistas de la Empresa de Interconexión Eléctrica –S.A. –ISA solicitaron a Oscar Carupia, en calidad de representante del resguardo, su compañía durante la visita de localización de las coordenadas necesarias para la verificación del estudio de trazado de la línea.

No obstante, a juicio de la Sala no sólo basta solicitar el acompañamiento para realizar mediciones, sino ilustrar de forma clara y concreta cuáles son los

[83] Folios 674 a 775 del cuaderno de revisión.

motivos de las mediciones y que éstas no necesariamente significan que las torres quedaran dentro del resguardo, tal y como fue esclarecido ante esta Corporación. De lo anterior da cuenta la declaración rendida por el accionante Oscar Carupia en la diligencia adelantada por la Corte en el Juzgado Promiscuo Municipal de Acandí, ante la pregunta que hiciere el representante judicial del Ministerio de Minas y Energía relacionada con los proyectos de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá a lo que el señor respondió:

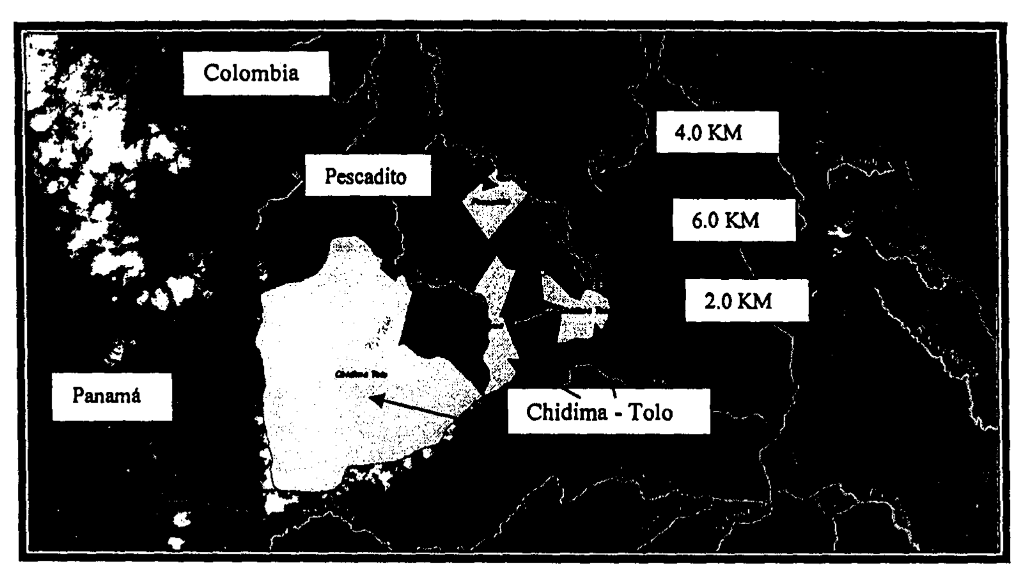
> "cuando entró la medición un muchacho con un señor para ubicaciones de torres o como se llame eso, esto es venimos es para medir, nosotros dijimos como así nosotros no entendemos pero atrás de ellos van a venir muchas gentes que no son de la misma idolología de nosotros, por eso nos afecta en el sentido de que la torre va a estar ubicada en el terreno"[84]

De otra parte, ISA concluye su intervención manifestando que ante la falta de certeza y viabilidad de la obra no sólo por los compromisos del Estado colombiano sino también del panameño debido a las vicisitudes propias de las legislaciones, recursos económicos, territorios y la existencia de comunidades indígenas, la consulta previa se realizaría si el proyecto de interconexión eléctrica Colombia-Panamá llegare a pasar por el territorio de los resguardos accionantes, evento en el que *"obviamente se realizaría antes de iniciar cualquier actividad, como expresamente lo señala el acuerdo 169 de la OIT, pues como se señalará a continuación, cuando es inevitable que una línea de trasmisión de energía cruce por resguardo indígena, es la misma comunidad en conjunto con ISA quienes definen por donde se podría trazar la línea de trasmisión de tal manera que cause la menor afectación a la comunidad, a sus sitios sagrados y a su especial relación con la tierra y su territorio".*[85]

De lo que va de los estudios anexó la imagen siguiente, donde puede observarse el corredor ambientalmente óptimo en la zona donde se localiza el resguardo de Chidima y señala que por fuera del resguardo, a 2 kilómetros del punto de encuentro más cercano se encuentra una amplia área en la cual ISA prepara trazar la línea, sin afectar dicho resguardo, en caso de que se decida realizar el proyecto y que se opte por el corredor ambientalmente óptimo terrestre.

(Imagen en la página siguiente).

[84] Folios 350 a 354 del cuaderno de revisión.
[85] Folio 736 del cuaderno de revisión.



Folio (774) del cuaderno de revisión.

Adicionalmente, se refirió a los antecedentes de ISA en materia de consulta previa, precisando que desde sus inicios la empresa ha contado con la participación de las comunidades que habitan en las proximidades de todos sus proyectos, sean o no grupos étnicos. Al respecto la Corte trascribe lo informado por la empresa con el fin de resaltar el trabajo de la entidad en materia de responsabilidad social empresarial:

> "Antes de la expedición del Decreto 1320 de 1998 se afectaron los predios de dos comunidades indígenas y estas participaron activamente en el proceso de definición del trazado de la línea que afectaba su resguardo, pues esta Empresa está convencida que las comunidades tienen el derecho a participar en la gestión ambiental y social de los proyectos desarrollados por ISA, a continuar existiendo sin perder su propia identidad, tienen la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo y que el derecho fundamental a acceder a los servicios públicos esenciales no puede atropellar los derechos de las comunidades, sino que deben procurar convivir armoniosamente.
>
> En cuanto a las consultas previas con comunidades indígenas, desde la expedición del Decreto 1320 de 1998, se han realizado dos: una con la comunidad de los Pastos, en Nariño y otra con la de los Arhuacos, en el Cesar. En ambos casos, inmediatamente ISA tuvo la certeza de que la línea iba a cruzar por resguardos de estas comunidades indígenas inició los contactos con ellas, con la finalidad de que las mismas participaran en la definición de las rutas de las líneas, para procurar en todo momento no afectar las zonas sagradas de dichas comunidades, pues ISA es consciente de la relación especial que tienen las comunidades indígenas con su tierra y el derecho a la autodeterminación de estas comunidades, los cuales ha respetado en todo momento, prueba de ello es el video que se adjunta. [[86]]
>
> Es claro, que cuando una línea de transmisión tiene que pasar por el territorio de una comunidad indígena se causa una afectación, es por eso que ISA a pesar de tener más de 24.000 kilómetros de líneas en Colombia, sólo ha afectado el territorio de cuatro comunidades indígenas y sólo porque era imposible evitarlo, pues en el caso de los Pastos, el resguardo era tan grande que no era posible una variante y en el caso de los Arhuacos, porque las dos subestaciones que se pretendían interconectar quedaban dentro del territorio ancestral reconocido por el Estado.

[86] El documental se denomina: "La línea negra" con una duración de 26,30" y fue elaborado por la Corporación Manigua Tantan y la interconexión eléctrica ISA en el año 2007.

Particularmente, en el caso de los Arhuacos, ellos definieron junto con ISA el lugar en el cual se iba a localizar la subestación dentro de su territorio y al iniciar las excavaciones se encontró un cementerio que no sabían que estaba allí, motivo por el cual ISA inició un proceso de levantamiento arqueológico acompañada de la comunidad, respetando los rituales de los Arhuacos para ello, con el fin de trasladarlos, como consta en el video que se adjunta, donde se documentó todo el proceso de ISA con dicha comunidad indígena para el proyecto de interconexión eléctrica que afectó su territorio.

Nótese entonces, que inmediatamente ISA determina que es inevitable afectar el territorio de una comunidad indígena con una línea de transmisión de energía, inicia un proyecto de participación con la misma, con la finalidad de que sean ellos quienes definan cuáles sitios no pueden ser afectados por considerarlos sagrados. Y en todo caso, como se expresó, esta Empresa procura, si es físicamente posible, evitar siempre el cruce de cualquier proyecto por un resguardo indígena.

Por lo anterior, se reitera, que si eventualmente ISA llega a afectar el resguardo de los Embera o de cualquier comunidad indígena, bien sea con la interconexión Colombia-Panamá o con cualquier línea, inmediatamente se pondrá en contacto con la comunidad afectada, para que en ejercicio de su derecho a la autodeterminación participe activamente en el proyecto determinando el trazado de la línea, para no afectar sus sitios sagrados o de alta importancia para la comunidad.

Es por lo dicho, **que ISA no ha desconocido ningún derecho de la comunidad indígena Embera, pues en el caso concreto aún no se ha determinado que la línea vaya a afectar su resguardo**; es más, ISA está procurando, en caso de optar por el corredor terrestre, construir la línea en la margen opuesta del Río Tolo, donde cuenta con más de 2 kilómetros de espacio en el punto más estrecho, para evitar afectar a los resguardos de los Embera."[87] Negrillas del texto original.

9.5.3 Por los argumentos allegados en sede de revisión, la Corte se abstendrá de efectuar orden alguna a las entidades implicadas en el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá. Sin embargo, advertirá a la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA que, en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes de inmediato, gestione la participación por medio del proceso de consulta previa en los términos señalados en esta providencia y con mayores prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades.

9.6. De la concesión minera en el municipio de Acandí.

9.6.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la presunta explotación minera: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Ministerio de Minas y Energía; Ministerio del Interior y de Justicia e Ingeominas.

[87] Folio 736 del cuaderno de revisión.

-El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial informó que las actividades para licenciamiento ambiental por prospección minera en la zona son de competencia de la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó).[88]

-El Ministerio de Minas y Energía estimó que las actuaciones de la autoridad minera corresponden a Ingeominas, las cuales gozan de presunción de legalidad conforme a las normas que regulan la situación fáctica presentada. Manifestó que la encargada de realizar el procedimiento de la consulta previa es la autoridad ambiental, previamente al otorgamiento de la licencia ambiental, situación que aplica para las concesiones mineras.

-El Ministerio del Interior y de Justicia manifestó en sede de revisión que en la actualidad no se adelanta proceso de consulta previa alguno con las comunidades de Pescadito y Chidima, relacionado con la empresa Gold Plata por explotación minera.

-Por vinculación efectuada en sede de revisión, el Instituto Colombiano de Geología y Minería advirtió a esta Corporación que la información relacionada por los accionantes en la presente acción de tutela corresponde a datos vigentes hasta el 22 de octubre de 2007. Explicó que la explotación minera es una de las (8) fases que legalmente puede contemplar un proyecto minero cuyo alcance está definido en el artículo 39 de la Ley 685 de 2001, según el cual el ejercicio de la minería es libre excepto en los territorios definidos como zonas Mineras para Minorías Étnicas.

Explica que conforme a información obtenida el 20 de mayo de 2010, de la base cartográfica del Catastro Minero, plataforma informática de Ingeominas que controla la especialidad ejercida, en el municipio de Acandí no se reporta la existencia de Zonas Mineras para Minorías Étnicas.

En cuanto a la Empresa Gold Plata, informó que no es titular de derecho minero por lo que no podría efectuar ningún tipo de proyección minera en la zona salvo que fuere contratista de una autorizada. Aunque especificó que en el área de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito:

> *"hay superposición parcial en alto porcentaje con los títulos mineros de concesión FLD-134 y FLD-135, otorgados a Minerales del Darién SA."*
>
> *"Los proyectos mineros que se desarrollarían en área de estos dos resguardos indígenas corresponderían a los que adelantaría la compañía Minerales del Darién, empresa titular de los contratos de concesión FLD-134 y FLD-135, por ser los que se superponen con área de estos resguardos, que básicamente de acuerdo al Objeto Contractual, consisten en adelantar trabajos, para exploración técnica y según resultados, continuar con la explotación económica del yacimiento objeto de*

[88] Codechocó respondió sucintamente que esa es su competencia legal, pero no se refirió a las razones por la cual fue interpuesta la presente acción de tutela.

aprovechamiento, dentro del área y duración otorgada. A la fecha, ambos títulos se encuentran en la etapa de exploración técnica". [89]

En lo concerniente a la consulta previa, expuso que no ha intervenido en este proceso por considerar que tal competencia le asiste a la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción con participación del Ministerio del Interior y de Justicia.

Dado que el Ingeominas informó que los títulos mineros con superposición son los de la compañía Minerales del Darién SA, se procedió a tratar de notificar a la empresa de la presente acción de tutela por medio de los autos del 11 de enero de 2011, 08 de febrero de 2011, sin éxito. Motivo por el que en auto del 14 de febrero de 2011 el instituto de minas informa:

"Revisado el Catastro minero Colombiano y los expedientes contentivos de los contratos de concesión FLD 134 y FLD 135, se constató que el título minero No. FLD 134, otorgado en su momento a Minerales del Darién SA., se encuentra caducado e inscrito en Registro Minero Nacional desde el 16 de junio de 2010, en consecuencia actualmente no se presenta superposición con el citado titulo."[90]

En lo relativo al contrato de concesión FLD-135, también otorgada a Minerales del Darien S.A, informa: *"se encuentra en trámite de elaboración de acto administrativo que declare la caducidad del mismo, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales".*[91]

No obstante no se informó por otros títulos que se superpongan en el área de los resguardos de las comunidades a los que pertenecen los accionantes.

9.6.2 De lo expuesto por Ingeominas en el presente proceso la Sala encuentra pertinente recordar que la Ley 685 de 2001 autoriza el ejercicio libre de la minería con excepción de los territorios indígenas considerados y declarados zonas Mineras para Minorías Étnicas.[92] A pesar de que en el presente caso el territorio de las comunidades accionadas no se haya declarado como tal, no puede entenderse que ante la existencia de resguardos indígenas se pueda desconocer lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, referentes al derecho a la consulta previa y al consentimiento informado.

---

[89] Folio 506 del cuaderno de revisión

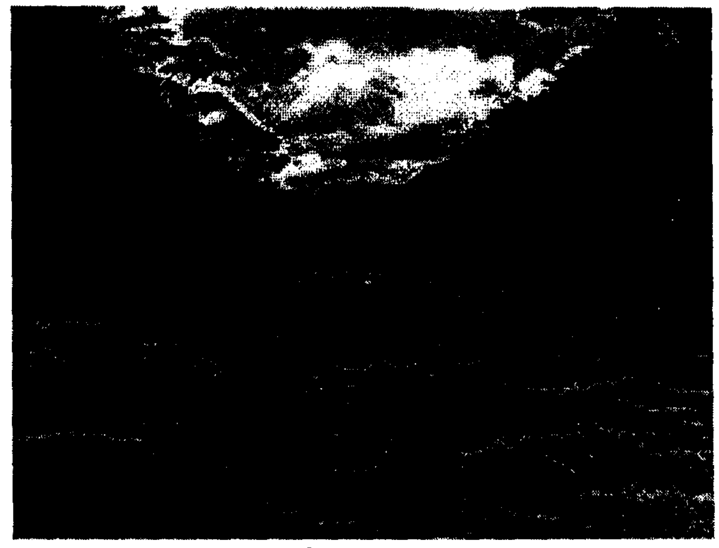
[90] Folio 888 del cuaderno de revisión

[91] Ibídem

[92] "ARTÍCULO 39. ***PROSPECCIÓN DE MINAS.*** La prospección de minas es libre, excepto en los territorios definidos como zonas mineras para minorías étnicas tal como lo contempla el Capítulo XIV de este Código. Cuando haya de efectuarse en terrenos de propiedad particular, se requerirá dar aviso previo al dueño, poseedor, tenedor o administrador, directamente o a través del alcalde. Cuando haya de efectuarse en bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Decreto-ley 2324 de 1984 y demás normas que lo modifiquen, sustituyan o deroguen, se requerirá su concepto técnico favorable."

En virtud de lo anterior y de lo precisado por la autoridad minera del país, en la actualidad las concesiones otorgadas a la Compañía Minerales del Darién: si bien la primera FLD-134 se encuentra caduca; lo cierto es que la segunda FLD-135 está vigente, de manera que se mantiene la superposición por esta concesión. Ello significa que se mantiene latente la potencialidad y el riesgo de afectar la cuenca del río Tolo lo que repercutiría de forma negativa a los resguardos Chidima y Pescadito.[93]

Relacionado con lo anterior, de la inspección efectuada por la Corte en los resguardos Pescadito y Chidima de la comunidad Embera se pudo constatar que el río Tolo es parte fundamental de las dos comunidades ya que los principales asentamientos de viviendas y lugares colectivos se encuentran en cercanía de dicho afluente, del cual derivan el líquido vital.[94] En virtud de ello, toda intervención o afectación que pueda tener el río por el tipo de explotación que tiene la explotación de minerales de profundo impacto se hace indispensable desarrollar la consulta previa con las comunidades étnicas afectadas, y desde ya advertir que todo tipo de intervención que se pretenda a futuro en el río, ilustre desde el inicio de cualquier proyecto el alcance de la obra y la búsqueda del consentimiento, previo, libre e informado conforme a las subreglas de esta providencia.



Fotografía 10 (Río Tolo).

[93] Así consta en los croquis reseñados en los folios 889 y 890 del cuaderno de revisión

[94] Folios 361 a 365 del cuaderno de revisión.



Fotografía 11 (Río Tolo).



Fotografía 12 (Río Tolo).

9.6.3 De otra parte de la información allegada en sede de revisión se informa que se presenta explotación ilegal de oro dentro de los territorios, que aunque a finales del año pasado y comienzos de este solo queda una draga en la rivera del río Tolo, esta ha provocado la contaminación en el afluente, con la consecuencia de la disminución de especies, enfermedades en la piel, diarrea, vomito y otras afectaciones de la salud de la comunidad.[95] Si bien a la Sala no le consta lo anterior, es necesario que se investigue la presunta irregularidad por parte del organismo competente.

9.6.4 Conforme a lo expuesto, y dado que la autoridad minera solo informó lo relacionado con los títulos que habían sido otorgados a la empresa Minerales del Darién S.A, ante la falta de certeza de que se estén adelantando otras concesiones que tengan la potencialidad de superponerse en los resguardos del cual se demanda protección y a que se intentó por aviso en un diario de amplia circulación nacional buscar a los terceros indeterminados que se puedan verse

[95] Folio 880 del cuaderno de revisión

afectados por lo decidido por la Corte,[96] entre otros factores por el de la minería, en el entendido que la explotación minera tiene la potencialidad de afectar la integridad y existencia de las comunidades, la Corporación ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, suspendan todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

9.7. De la invasión, ocupación ilegal y explotación del medio ambiente y de la omisión estatal de protección ante el peligro de desplazamiento de la comunidad implicada.

9.7.1 Perspectiva de las entidades accionadas directamente relacionadas con la problemática de la presunta omisión estatal de protección y de la ocupación y explotación ilegal del territorio: Ministerio de Defensa; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó), y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

- El Ministerio de Defensa puntualizó que las fuerzas militares tienen jurisdicción en todo el territorio colombiano y por tanto las tropas no pueden ser retiradas de territorio indígena. Adicionalmente, informó que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas no es absoluto, por lo que el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas tiene límites. Agrega que la institución ha implementado una política específica de protección a las comunidades indígenas, la cual consta en la directiva permanente Núm. 1630 *"Política sectorial de reconocimiento, prevención y protección a las comunidades de los pueblos indígenas"*.

- El Ministerio de Agricultura sostiene que no ha vulnerado ningún derecho por las razones invocadas ya que el objeto de esa entidad es formular, coordinar y adoptar políticas, planes programas y proyectos del Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural, con el fin de atender necesidades del sector rural y su población.

- El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Codechocó, en sus informes y respuestas a la presente acción de tutela, no hicieron referencia alguna en cuanto a la protección del medio ambiente por la explotación y el daño ambiental ocasionado por los colonos o terceros.

[96] Folio 874 del cuaderno de revisión

- En sede de revisión la Comisión Colombiana de Juristas allegó información "acerca de nuevas situaciones que atentan contra la vida e integridad personal de los integrantes del Pueblo Embera Katío y Embera Dobida del Norte del Chocó, que habita los resguardos de Chidima y Pescadito".

En el escrito informa del asesinato de uno de los habitantes del resguardo Chidima, el señor Juan Carupia Domicó, en hechos ocurridos el pasado 18 de marzo. En pocas palabras, se informa que la Jurisdicción Indígena en Resolución del 30 de marzo de 2010, se condenó al señor Efraín Cuñapa Domicó miembro del resguardo Chidima por el homicidio referido. En la mentada decisión jurisdiccional indígena se establece que los autores intelectuales o determinadores de dicho homicidio fueron *"las autodefensas Gaitanistas que hacen presencia en esta región. Miembros de este grupo fueron quienes entregaron el arma homicida y la recibieron después de haber cometido el crimen por parte de Efraín Andrés Cuñapa"*, motivo por el que se condenó por parte de la Jurisdicción Especial Indígena en providencia del 30 de marzo de 2010 al indígena Cuñapa a 20 años de prisión sin beneficio de rebaja de pena.[97]

- El Incoder contestó la presente acción de tutela haciendo referencia a que no se le puede reprochar por falencias en la política agraria del país por tales invasiones, puesto que la ocupación ilegal inconsulta de las comunidades atienden a un problema social de distintos niveles el cual es especialmente sensible en el tema de acceso a la propiedad.

Agregó que es el órgano ejecutor de las políticas de desarrollo rural y dentro de su campo de acción para los asuntos étnicos, de conformidad con el Decreto 2164 de 1995, se encuentra la realización de los estudios para proyectar la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas, el reconocimiento de la propiedad de las que tradicionalmente ocupan, la preservación de los grupos étnicos y el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades. Objetivos desarrollados en el marco de los procedimientos de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos.

Precisó que al momento de la constitución de los resguardos no se evidenció, según los estudios, la presencia de colonos, motivo por el que el Incoder no es el responsable por las invasiones de terceros.

Agrega que conforme al artículo 22 del Decreto 2164 de 1995, está previsto que el manejo del resguardo indígena es del resorte de los cabildos y autoridades. De otro lado, frente a los daños ambientales estima que es la autoridad ambiental la encargada de amparar los requerimientos e intervenir de forma directa el resguardo. Además, que ante las recomendaciones de la comisión de expertos de la OIT, *"El INCODER tomó atenta nota en marzo del presente año sobre la situación del pueblo indígena Embera de Chidima –*

---

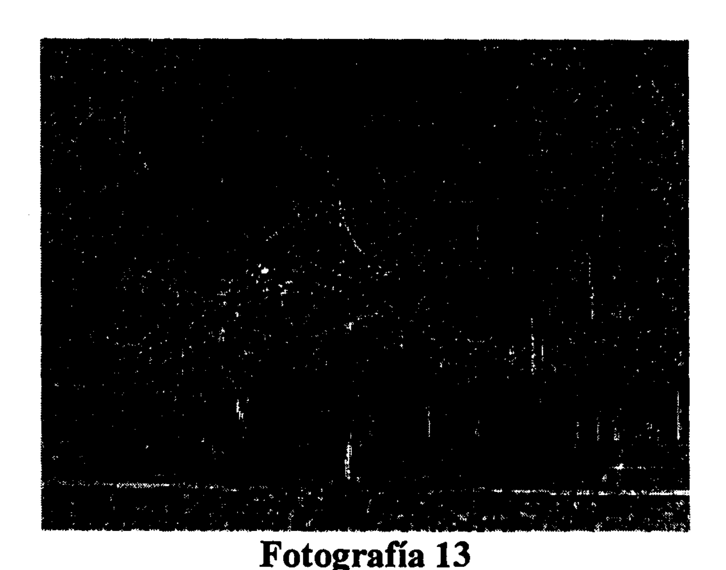
[97] La decisión judicial especial Indígena reposa copia en los folios 778 a 790 del cuaderno de revisión.

Tolo, del Norte del Chocó afectado por la vulneración de sus derechos sobre el territorio y la participación, por la presencia de colonos ganaderos en las áreas aledañas a sus resguardos".[98]

9.7.2 Descendiendo al análisis de la problemática concreta la Sala encuentra probado que se reconocieron en tres lotes los resguardos indígenas Chidima y en uno el de Pescadito, por medio de las Resoluciones 005 y 007 del 20 de febrero de 2001 del Incora, lo que además ha sido aceptado por las entidades vinculadas al trámite de la tutela.

De la inspección judicial efectuada por la Corte en la zona de los resguardos en cuanto, se constató lo denunciado por los accionantes en los siguientes términos:

"(...) la comisión procedió a trasladarse por otra ruta en sentido sur-occidente para atravesar parte del resguardo Pescadito. Durante el transcurso del camino [se señaló] *la zona y la casa ocupada por un presunto colono, la cual consta en las fotografías 66 a 69 de la referida carpeta.*



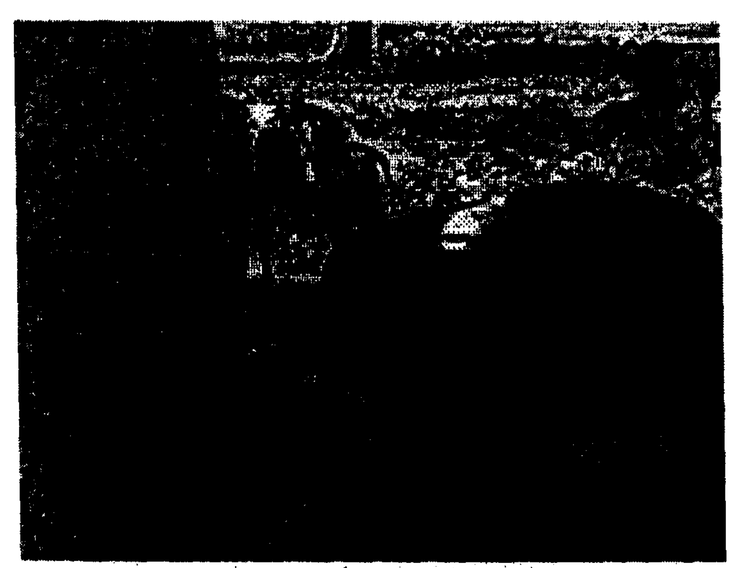
Fotografía 13

"Una vez efectuadas las fotografías se procedió a retomar rumbo al resguardo Chidima, para ello se debió atravesar distintos lotes que en la actualidad son usados para extensiva explotación ganadera y que se le aducen al colono Jaime Uribe, en dichos terrenos se aprecia el uso para ganadería del suelo, de cual se constata la marca de los semovientes con las letras JUC y que constan en las fotografías 40 a 45 de la carpeta digital 3.[99]

[98] Folio 628 del cuaderno de revisión.
[99] La carpeta 3 está compuesta por 67 fotos.



Fotografía 13

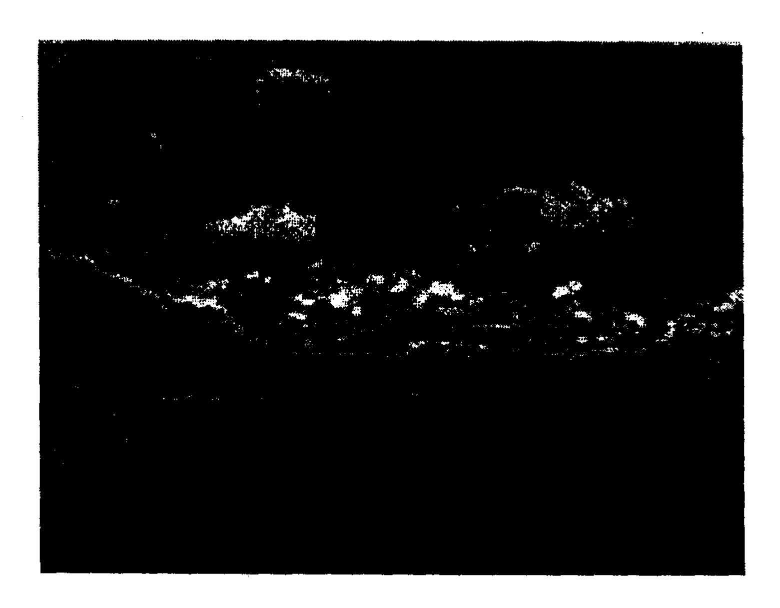


Fotografía 14



Fotografía 15

"Concluido el recorrido por dichas tierras, se llega a la mayor concentración de viviendas del resguardo Chidima junto a la rivera del río Tolo,[100] *una vez se verificó la ubicación de la comunidad, en el lote occidental separado por cerca de alambre se observó el uso de la tierra por parte de un colono de nombre Iván Torres lugar en el que también se encuentra el uso del suelo para ganadería.*[101] *"*



Fotografía 16 (Vivienda y explotación ganadera de presunto colono en zona aledaña a los resguardos).

En armonía con lo anterior, de la visita se pudo constatar el impacto que ha sufrido el medio ambiente en la zona a través de la tala de amplias zonas de bosque y el uso para ganadería de las tierras deforestadas, como se puede apreciar en las fotografías obtenidas por la inspección realizada por la Corte Constitucional en la zona.[102]



Fotografía 17 (Presencia de explotación ganadera en la zona aledaña a los resguardos).

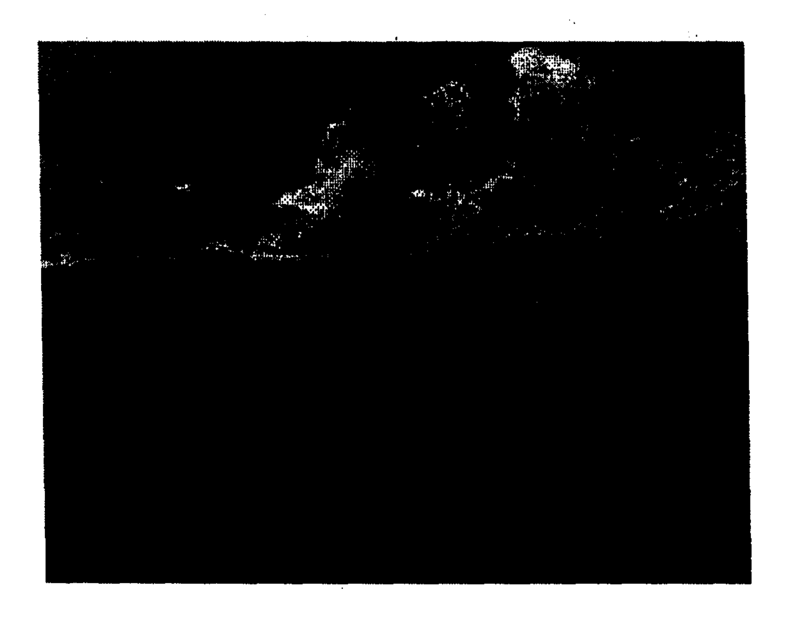
[100] Las fotos del referido resguardo reposan en la carpeta 4 la cual está compuesta por 95 fotografías y 2 videos.
[101] Las fotos del enunciado colono y por donde la carretera pasaría se encuentran en la carpeta 5 compuesta de 16 fotos.
[102] Ver carpetas 3 y 5 del disco compacto obrante a folio 365 del cuaderno de revisión.



Fotografía 18 (Afectación del medio ambiente para pastoreo).



Fotografía 19 (Contraste de la tierra intervenida y la que se conserva).



Fotografía 20 (Contraste de la tierra intervenida y la que se conserva).

De otra parte, la Corte observa que de acuerdo al informe del Proyecto Redes Territoriales de la Defensoría del Pueblo, al cual se ha hecho referencia, en el aparte dedicado al resguardo de Chidima, la entidad precisa:

> "(...) tiene una población total de 85 personas y el territorio titulado está compuesto por tres globos de tierra que suman 4.499 hectáreas otorgadas mediante Resolución del INCORA No. 5 del 20 de Febrero de 2001, constituyéndose en el resguardo más extenso en el Darién colombiano; la comunidad ha solicitado que la titulación se extienda hasta la frontera con Panamá, toda vez que la parte alta de la Serranía del Darién ha sido usada en forma tradicional por los indígenas tanto para efectos ceremoniales como para la recolección de plantas medicinales que son fundamentales para garantizar el bienestar de la comunidad."
>
> El derecho al territorio se ha visto afectado por la existencia de colonos con derecho de propiedad privada y derechos sobre mejoras, toda vez que estaban asentados en la zona previamente a la constitución legal del resguardo. A pesar de múltiples solicitudes de la comunidad indígena de Chidima, el Estado no ha realizado el saneamiento del Resguardo, de forma tal que la comunidad pueda gozar de manera plena de su derecho al territorio. Esta situación ha traído consecuencias problemáticas en la medida en que algunos colonos han venido talando bosque con la intención de obtener una mayor retribución económica cuando se haga el cálculo del valor de las mejoras; esta tala de madera se ha realizado sin contar con la respectiva autorización de la autoridad ambiental – Codechocó –, razón por la cual la comunidad de Chidima ha solicitado en varias oportunidades la intervención de dicho ente para que tome las medidas del caso para que se detenga la devastación del bosque. (Subrayado por fuera del texto original).

Adicionalmente, de las pruebas allegadas por los abogados de la Comisión Colombiana de Juristas,[103] se aprecia la investigación adelantada en el año 2008 por los ingenieros Andrea Torres y Ernesto Parra Díaz, denominada *"Levantamiento de ocupación del suelo de los resguardos Chidima –Tolo y Pescadito jurisdicción del corregimiento Peñaloza, Municipio de Acandí, Departamento del Chocó"*. En dicho estudio se adelantan mediciones verificación de las aéreas de los resguardos, los lotes ocupados, las tierras en reclamación y otros riesgos de ocupación. Se deja constancia de las reuniones adelantadas con los colonos y fotografías detalladas de las zonas que se someten a explotación. Dentro de las recomendaciones efectuadas por la investigación, la Sala resalta:

> "mediante reunión realizada con los colonos se evidenció su intención de resolver el problema de las tierras, pues son conscientes que su reclamación no es ante la comunidad indígena sino ante el INCODER que es el encargado de dar solución a tal problema".

También se distingue la recomendación relativa a conciliar con el hoy fallecido Juan Carupia, en los siguientes términos: *"conciliar con el señor Juan Carupia, indígena de la comunidad Chidima Tolo, quien reclama parte de la tierra del lote 1 con el fin de no entorpecer el proceso que se lleva a cabo"*. Por último, la investigación *"sugiere presionar la adquisición de los predios*

[103] Obrantes en los folios 255 a 283 del cuaderno de revisión.

que se encuentran entre los lotes del resguardo Chidima Tolo por parte de Incoder".

9.7.3 De las pruebas relacionadas con anterioridad, la Corte encuentra que la omisión del Estado a través de los distintos entes encargados de velar por la integridad no sólo de las comunidades étnicas implicadas sino de la protección del medio ambiente es evidente. Dichas circunstancias están abiertamente relacionadas con presencia de grupos armados y presencia de colonos en tierras baldías, entre otros factores. En virtud de lo referido, la Sala encuentra necesario que se asuma de forma pronta y razonable la solución integral de la problemática referida.

De este modo, como bien lo expuso la representante del Incoder, conforme al Decreto 2164 de 1995, que desarrolló el capítulo XIV de la Ley 160 de 1994, en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional, en el artículo 85 de la referida ley se establece:

> "**ARTÍCULO 85.-** El Instituto estudiará las necesidades de tierras de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos.
>
> Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad."

En el mismo sentido, según el citado decreto, le compete adelantar estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierras de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras. Al igual que el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad; la calidad, condiciones agrológicas y uso de los suelos; el tamaño y distribución de la población, su situación socioeconómica y cultural; la infraestructura básica existente, la identificación de los principales problemas y la determinación cuantificada de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas. Referencias que permiten al Instituto y demás entidades que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, obtener una visión clara y precisa de un determinado territorio y de su población, para adoptar y adelantar los programas pertinentes.[104]

Bajo el mismo espíritu, el artículo 5° del referido decreto contempla la procedencia del estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras que

[104] Confróntese el artículo 4 del Decreto 2164 de 1995.

se debe adelantar en los procedimientos de constitución, reestructuración y ampliación de resguardos indígenas. El cual especifica que cuando se trata de los procedimientos de ampliación o de saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas, se procederá a la actualización o complementación de los estudios en aquellos casos en que las necesidades o las conveniencias lo aconsejen.[105]

A juicio de la Sala, atendiendo las recomendaciones de la comisión de expertos de la OIT y la información ampliamente ilustrada en cuanto el peligro de integridad en que se encuentran los resguardos de la etnia Embera Katío de Pescadito y Chidima y los ecosistemas de la zona, se puede concluir que es altamente necesario el estudio de la problemática estudiada por parte del Incoder y demás entidades competentes, en el que se adopten medidas conducentes y efectivas que contribuyan a materializar los derechos de las comunidades indígenas mencionadas, así como la forma más eficiente de proteger los recursos naturales y el medio ambiente en la zona.

9.7.4 En virtud de lo anterior, la Corte ordenará al Incoder que dentro de los (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia y en el término de 120 días (tiempo que encuentra sustento en los artículos 10 a 14 del Decreto 2164 de 1995), expida una resolución adecuadamente motivada en la que se determine si hay lugar o no al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima. En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.[106]

9.7.5 En lo relativo a la situación de seguridad y necesidad de protección que requieren las comunidades étnicas implicadas en la presente acción de tutela, como fue plasmado en los antecedentes de esta providencia, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento dio traslado a la Sala Quinta de Revisión del informe elaborado por dicha

---

[105] Confróntese el artículo 5 del Decreto 2164 de 1995.

[106] En la Sentencia T-188 de 1993, esta Corporación ya había dado una orden de este tipo ante la problemática presentada por miembros de la comunidad indígena Paso Ancho, asentada en la Vereda de Chicuambe, Municipio de Ortega, Departamento del Tolima, los cuales solicitaron que en un breve plazo se realizaran estudios socio-económicos y jurídicos tendientes a constituir sendos resguardos sobre el predio Chicuambe, ocupado por las comunidades de Paso Ancho y San Antonio, de manera que la mitad del área se destinase a los naturales de Paso Ancho. Los peticionarios sostenían que la omisión de la autoridad pública además de desconocer la ley en lo atinente a la constitución de resguardos, contribuía a la violación y amenaza de los derechos a la propiedad y a la vida de los integrantes de su comunidad ante la arremetida del grupo de San Antonio que a fuerza de amenazas pretendía desalojarlos del territorio.
En dicho caso la Corte ordenó: "***CONCEDER** la tutela solicitada y, en consecuencia, **ORDENAR** al Gerente Regional del Instituto de Reforma Agraria, INCORA, seccional Tolima, la realización de los estudios socioeconómicos y jurídicos tendientes a la constitución de uno o varios resguardos sobre el predio CHICUAMBE en la jurisdicción de Ortega, Tolima, dentro de los estrictos y precisos términos establecidos en la ley, el cual fuera entregado materialmente al Cabildo de la Comunidad de Paso Ancho.*"

dependencia sobre la situación de las comunidades Chidima y Pescadito en el Darien Chocoano.

El referido informe en particular señala:

> **"Informe sobre la situación de la comunidad indígena en Chidima**
>
> De acuerdo con los informes recibidos por distintas fuentes,[107] la comunidad indígena en Chidima se encuentra actualmente en una situación de alto riesgo. Los siguientes hechos corroboran tal situación:
>
> **1) La vulnerabilidad de los líderes en los procesos de resistencia:**
>
> - Se ha señalado que las Autodefensas Gaitanistas de Colombia tienen una lista de personas para asesinar, con los nombres de tres líderes de Chidima. Para la comunidad, el asesinato en marzo de una de esas personas (Juan Carupia) confirma la

[107] Fuentes: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, El desplazamiento forzado en el caso de la comunidad afrodescendiente (04-03-09); Comunidades negras de la cuenca del río Truandó de Riosucio-Chocó, Problemática desplazados, (21-04-09); Defensoría Delegada para la evaluación de riesgos de la población civil como consecuencia del conflicto armado. Sistema de alertas tempranas-SAT, informe de riesgo 012 de 2009.(04-05-09); Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC, comunidades indígenas ubicadas en MINA CARE PERRO de los municipios del Carmen del Darién, departamento del Chocó y Murindó en el departamento de Antioquia, información relacionada con el proyecto de explotación minera MANDE NORTE otorgada a la SOCIEDAD MINERA MURIEL MINING CORPORATION, (05-06-09); Gobierno Nacional, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009, (29-06-09); SNAIPD- Informe del Gobierno Nacional sobre los avances en el cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de seguimiento. (30-06-09); Gobierno Nacional, Informes y derechos de petición (2 carpetas), (07-09); OREWA-Asociación de Cabildos Indígenas Embera, Wounaan, Katio, Chamí y Tule del departamento del Chocó (05-08-09) ; Fiscalía General de la Nación. Plan de Acción de derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Dirección Nacional de Fiscalías.(03-08-09); Informe Comisión Chocó (Dra. Clara Elena Reales) ; Comisión Colombiana de Juristas, Situación de derechos humanos y desplazamiento forzado de la población afrocolombiana que ocupa el territorio de Bajamar de Buenaventura-Valle (47fls), (08-10-09); Gobierno Nacional, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009, (30-10-09); de las órdenes emanadas del auto 004. (11-08-09); Autoridad Nacional de Gobierno Indígena -ONIC, información para seguimiento al auto 004 de 2009, pueblos indígenas. (09-09); Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. Proyecto Protección de tierras y patrimonio de la población desplazada-PPTP, documento de trazabilidad *"Ruta de protección patrimonial de derechos territoriales étnicos."* (09-09-09); Defensoría del pueblo-Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas, seguimiento al Auto 004 de 2009. (23-10-09); AFRODES, Adopción de enfoque diferencial étnico – afrocolombiano en la políticas públicas de DF y/o confinamiento (21 fls.), (11-09); Acción Social, Estado del cumplimiento del auto 005 de 2009 (4 carpetas-1069 fls.), (03-11-09); Informe por parte del Ministerio del Interior y de Justicia, sobre el cumplimiento Auto del 12 de mayo de 2009 (21fls), (14-09-09); Gobierno Nacional: Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Protección Social, Viceministerio de Comercio Exterior, Ministerio de Educación, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Acción Social, DNP. Cumplimiento Auto 008 de 2009 y demás de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. (30-10-09); FUNDARTECP, Seguimiento Auto 005 de 2009 (309 fls.), (13-01-10); Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, Avances Auto 005 de 2009 (169 fls.), (18-01-10); Acción Social, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009 (1 carpeta-13 fls.- 2 CD), (19-01-10); Acción Social, Avance auto 222 de 2009-Medidas cautelares comunidad de Carcolí (47 fls.), (06-04-10); Informes territorios colectivos, (05-04-10); CNRR, Tierras en Turbo-Antioquia, (10-04-10); Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Devolución de tierras a comunidades del consejo mayor de la cuenca del río Curvaradó, (13-05-10); Fiscalía General de la Nación, Medidas auto 18 de mayo de 2010-Curvaradó , (24-06-10); Gobierno Nacional-Mininterior, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009 (111 fls. – 1 carpeta), (02-07-10); Procuraduría General de la Nación, Políticas de prevención, atención y protección de las personas desplazadas (1 argollado-48 fls.), (14-07-10); Defensoría del Pueblo, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009, (15-07-10); Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009, (07-10); Procuraduría General de la Nación, Avances en la implementación de las órdenes del auto 005 de 2009, (09-08-10); COCOMOPOCA-Consejo Comunitario Mayor de la Organización Campesina del Alto Atrato, Título colectivo, (19-08-10); ACNUR – Reportes informales 23-08-10 y 01-09-10; Informe comunidades indígenas del Carmen del Darién y Murindó-ONIC. (05-06-10).

existencia de tal lista y por ello existe un alto nivel de temor. Adicionalmente el sobrino de otro líder supuestamente identificado en la lista ha sido señalado como informante de las FARC.

- Pescadito, el resguardo vecino lo cual tiene los mismos problemas que Chidima, un líder (Eliécer Chamarro), también fue amenazado en las últimas semanas por cuestiones de tierras/linderos (aunque no por quienes promueven megaproyectos).
- Al parecer las autoridades indígenas han tomado la decisión sacar a Oscar Carupia (uno de los líderes en la "lista") de la zona para garantizar su seguridad.
- La comunidad manifiesta su desconfianza con el Ejército y su capacidad/voluntad de protegerlos, porque se lo ha visto marcando y numerando árboles dentro del resguardo, precisamente por la zona de trayectoria de la carretera.
- Se ha afirmado que existe una campaña para intimidar y desprestigiar la comunidad indígena en la zona, y que ellos no consideran que exista una protección efectiva por parte del Estado.

2) La posibilidad de una fractura dentro de la comunidad:

- Hasta el momento los dos resguardos en Acandí se han opuesto de manera consistente a los megaproyectos. Sin embargo hay factores adicionales que los presionan y limitan sus opciones:

- Presencia de las Autodefensas Gaitanistas de Colombia – Además de las amenazas a los líderes, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia ejercen un fuerte control (económico, político, social) en el municipio. El desarrollo de estos megaproyectos, y la entrada de más negocios a la zona, representan una oportunidad muy valiosa para generar ingresos a través de extorsión. Adicionalmente, dentro del resguardo se han visto funcionarios de una empresa minera (Grupo de Bullet) acompañados por personas desmovilizadas en sus labores de prospección.

- Poderosos terratenientes - En el Darién Chocoano hay más o menos seis personas que tienen la gran mayoría de las tierras, sobre todo para fines ganaderos. Chidima está rodeado por fincas extensivas y la posición de los terratenientes es muy clara: Prefieren que se desarrollen los megaproyectos en territorios indígenas y están a favor de los megaproyectos porque van a aumentar el valor de sus tierras. Sus relaciones, posteriormente y actualmente, con integrantes de las AUC/AGC son ampliamente conocidas.

- Las comunidades vecinas - Tanto los afrocolombianos como los campesinos en la zona están a favor de los megaproyectos y esto favorece el señalamiento de los indígenas como quienes "están en contra al desarrollo", "aliados con la guerrilla", e impiden trabajos que beneficiarían a la población local.

- Las autoridades municipales están a favor de los megaproyectos y hay denuncias sobre el alto nivel de corrupción en Acandí, por lo que no existe un respaldo institucional para adoptar medidas frente a los riesgos para la comunidad Chidima.

- El liderazgo indígena – En los informes se considera que el liderazgo del Gobernador Mayor de Chidima es débil, dado el nivel de desobediencia dentro de la comunidad. Al parecer hay dos grupos informales de liderazgo dentro de la comunidad que son más activos que el Gobernador en términos de movilización comunitaria. Existe algún nivel de tensión entre los dos grupos que puede debilitar la capacidad de la comunidad de estar unida frente los riesgos que hay y facilitar la cooptación de uno de los grupos por parte de los intereses en juego (económicos y de otro tipo). Las tensiones y amenazas también aumentan por las relaciones de algunos líderes con organizaciones sociales y de derechos humanos como la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, que aumentan posibilidad de más amenazas por parte de las AGC.

- Existe un alto riesgo a la seguridad de los líderes de Chidima, por la posible confluencia entre los intereses económicos y las presiones de las AGC con graves consecuencias para la comunidad, que pueden debilitar la autonomía y la unidad indígena en esta comunidad y en el caso extremo la fractura política y social, de la misma y la dispersión física de la comunidad."

Conforme a la información trascrita la Sala encuentra necesario implementar como medida urgente de protección que se avance de forma prioritaria en el Plan de Salvaguarda ordenado por la Corte Constitucional en el **Auto 004 de 2009**, en el que se declaró que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere.

Para ello se ordenó el diseño e implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Por el Desplazamiento (incluido el Plan de Salvaguarda Étnica del pueblo Embera), en el cual reposa el cronograma para su implementación y seguimiento, y los componentes de prevención y atención, así como el respeto de los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas de diversidad etnocultural.

Por tanto, la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia que en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la presente providencia, con la participación de las autoridades mencionadas en el Auto 004 de 2009, es decir, de la Dirección de Acción Social, de la Dirección del ICBF, del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Protección Social, del Ministerio de Defensa y de la Dirección del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal-, se priorice en el Plan de salvaguarda étnica de los pueblos identificados en la presente providencia los mecanismos de protección adecuados y efectivos que garanticen la pervivencia de las comunidades. En el cumplimiento de esta orden deberán tener participación efectiva las autoridades de los pueblos indígenas enunciados.

De la misma forma, en dicho proceso se deberá contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, y podrá contarse con el de organismos no gubernamentales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

9.7.6 De otra parte, se ordenará al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas referidas en esta providencia, en especial verificando de forma exhaustiva el cumplimiento riguroso de los estudios de impacto y diagnóstico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona.

No obstante, la Corte enfatiza en que lo que está de por medio es el desarrollo sostenible y el crecimiento económico como un todo; por ello, el ejercicio de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas con el objetivo de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico razonable y con el control de las autoridades ambientales. De esta forma también se requiere el compromiso y la responsabilidad social de las empresas, para lo cual es importante aclarar que ser socialmente responsable no se traduce en cumplir únicamente las obligaciones jurídicas, sino que es deseable, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que la iniciativa privada vaya más allá del mero cumplimiento de la obligación legal, buscando la retribución al medio o entorno del cual deriva la riqueza económica, es decir, el desarrollo de las comunidades en que se trabaja y mitigar el impacto negativo en las mismas.

En conclusión, no puede tolerarse que el sistema productivo impacte al medio ambiente extrayendo recursos y produciendo desechos de forma ilimitada, y en esto se insiste, lo que se busca es que el desarrollo satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para resolver sus propias necesidades; además, porque lo que se persigue es que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se lleve a cabo incurriendo en deudas sociales para el futuro de las referidas generaciones.

9.7.7 De otro lado, en vista que de los informes y pruebas allegadas al expediente que se revisa no se constata el adelantamiento de medidas que contribuyan a la protección de la riqueza arqueológica posiblemente ubicada en las zonas implicadas y en general por intervenciones y obras de infraestructura de los proyectos estudiados, según las exigencias de la Ley 1185 de 2008 y concordantes, la Corte ordenará al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar (o revocar si es del caso) la licencia ambiental relacionada con el asunto de la referencia que no cumpla con el requisito previo correspondiente a la elaboración de un programa de Arqueología Preventiva el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185 de 2008.

9.7.8 Teniendo en cuenta ante las respuestas allegadas por parte del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a la presente acción de tutela, y en especial porque afirmó que dicho ente no es el competente para autorizar la licencia ambiental para la construcción de la carretera y la explotación minera denunciadas en los casos estudiados, advierte la Corte que su participación es definitiva e imperativa para la autorización de dicha exigencia legal, motivo por el que la Sala encuentra necesario advertir a dicho Ministerio y a Codechocó que conforme artículo 39 de la Ley 99 de 1993, *"Las licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal, serán otorgados por el director ejecutivo de la corporación con el*

conocimiento previo del consejo directivo y la aprobación del Ministro del Medio Ambiente."

9.7.9 Así mismo, ante la pasividad de la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó) por los tópicos analizados y denunciados en esta acción de tutela, la Sala encuentra pertinente advertir a la entidad que, conforme al **artículo 39 de la Ley 99 de 1993,** la autoridad además de las funciones propias de las corporaciones autónomas regionales, tiene como encargo principal promover el conocimiento de los recursos naturales renovables y del medio ambiente de la región chocoana y su utilización; fomentar el uso de tecnología apropiada y dictar disposiciones para el manejo adecuado del singular ecosistema chocoano y el aprovechamiento sostenible racional de sus recursos naturales renovables y no renovables; así como asesorar a los municipios en el proceso de planificación ambiental y reglamentación de los usos del suelo y en la expedición de la normatividad necesaria para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural de las entidades territoriales.

Del mismo modo se enfatiza en que, conforme a la ley, la entidad tiene como función principal proteger el medio ambiente chocoano como área especial de reserva ecológica de Colombia, de interés mundial y como recipiente singular de la mega biodiversidad del trópico húmedo. En desarrollo de su objeto tiene la obligación de fomentar la integración de las comunidades indígenas y negras que tradicionalmente habitan la región, al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos y propiciar la cooperación y ayuda de la comunidad internacional para que compense los esfuerzos de la comunidad local en la defensa de ese ecosistema único.[108]

9.8. Medidas generales para garantizar el respeto y la protección de las comunidades étnicas de la Nación.

9.8.1 Las órdenes que se adoptarán en la presente providencia tienen dos objetivos. El primero es contribuir a mejorar la situación de desprotección que padecen las comunidades de la etnia Embera asentadas al norte del Departamento del Chocó, por las obras de infraestructura que se proyectan en sus territorios, así como la ocupación de tierras por parte de colonos que a su vez afectan el ecosistema y los recursos naturales de la zona.

Como segundo fin se erige la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en general. Para ello, la Corte encuentra necesario disminuir urgentemente el impacto desproporcionado que las distintas medidas administrativas que autorizan explotación de recursos y obras de infraestructura tienen sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

[108] Confróntese el artículo 39 de la Ley 99 de 1993.

9.8.2 Del estudio del caso sometido a revisión, la Sala advierte que uno de los principales rasgos negativos del actuar de las distintas entidades accionadas y encargadas de velar por la protección del territorio de comunidades étnicas y del medio ambiente, es la marcada desarticulación para tratar situaciones como las estudiadas, que claramente tienen núcleos en común. Por lo anterior, en aras de contribuir en la materialización de un esquema de desarrollo sostenible que respete las distintas visiones de desarrollo y la explotación equilibrada del medio ambiente y los recursos naturales, la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar en el término de ocho (8) meses un mecanismo de información y coordinación que permita articular a todas las entidades involucradas en la presente providencia en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia.

En el cumplimiento de la antedicha orden podrán participar las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación estimen pertinentes para garantizar y llevar a buen fin el mandato aquí adoptado.

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos, implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación. Para ello deberán crear e implementar herramientas que contribuyan de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones del grupo étnico determinado, en aquellos casos que: **(a)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(b)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental significativo de una comunidad étnica, eventos en que si los elementos probatorios y de juicio así lo indican, el consentimiento pueda determinar la alternativa menos lesiva para las comunidades étnicas.

Igualmente, en que se adopten medidas administrativas necesarias para proporcionar a los integrantes de las comunidades étnicas los recursos efectivos y adecuados contra actos que violen su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad colectiva. Del mismo modo es indispensable garantizar que los beneficios de las obras y la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que al cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

Adicionalmente y dada la información allegada a la Corte relacionada con actos violentos de presión contra miembros de comunidades étnicas por obras y proyectos que requieren consulta previa, las entidades respectivas deberán

establecer, como medidas de mitigación, estímulos negativos ante la muerte violenta o desplazamiento de miembros de comunidades étnicas que participen o sean beneficiarios de los mismos, estableciendo como consecuencia incluso la paralización del proceso de consulta e imposibilidad de adelantamiento de la obra o proyecto de intervención. Así mismo, se deberán fijar incentivos positivos relativos a la consecución de buenas prácticas en dichos procesos.

9.8.3 En vista de que se ha constatado la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas accionantes, la Sala encuentra pertinente, como medida de reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como orden simbólica de reparación y satisfacción, que el Ministerio del Interior y de Justicia coordine y financie la traducción de partes relevantes de la presente sentencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.[109]

9.8.4 En armonía con las consideraciones expresadas y ampliamente reiteradas en esta sentencia, la Sala encuentra necesario y urgente que se consolide a nivel normativo y real los derechos de las comunidades étnicas del país por las problemáticas referidas de tiempo atrás; en virtud de ello la Corte exhortará al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación.

9.8.5 La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación por medio de sus áreas respectivas, tendrán la obligación de apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos y órdenes adoptadas.

9.8.6 Con el fin de monitorear el cumplimiento de la presente providencia se ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo territorial que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el término de un (1) año rindan a la Corte Constitucional, un informe detallado del cumplimiento de las órdenes adoptadas en la presente providencia. Sin perjuicio de la competencia que tiene el juez de primera instancia conforme al Decreto 2591 de 1991.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución:

---

[109] En similar sentido puede consultarse la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam.

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR, dentro del asunto de la referencia, el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa con las comunidades étnicas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie los trámites respectivos frente a la consulta previa solicitada por la alcaldía de Acandí el 29 de agosto de 2009, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía a las opciones descritas en el informe de la Defensoría del Pueblo que reposan en el proyecto Redes Territoriales de Apoyo a la Gestión Defensorial Descentralizada - Seccional Urabá de los periodos junio de 2008 a 2009 y a las que la comunidad y el proceso determinen.

La consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado deberá observarse bajo los criterios y garantías descritas en esta providencia. Entre tanto, se ordena **SUSPENDER** la ejecución de las obras de la carretera denominada Unguía- Acandí ó Titumate- Balboa- San Miguel- Acandí, en el sector K26-00 al K34-700 en el municipio de Acandí, en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades referidas.

CUARTO.- ADVERTIR a la Corporación Autónoma para el Desarrollo del Chocó (Codechocó) que debe abstenerse de expedir licencia ambiental para la construcción de la carretera, sin que se cuente con el agotamiento de la consulta previa en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR a la alcaldía de Acandí considerar los derechos de las comunidades indígenas de la zona y la importancia de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana en los términos expuestos por la jurisprudencia de esta Corporación. Para materializar lo anterior la alcaldía, por medio de la red de instituciones educativas pertenecientes al municipio, deberá adelantar de forma periódica y constante campañas pedagógicas sobre la materia.

SEXTO.- ADVERTIR a la Empresa de Interconexión Eléctrica ISA que, en el evento de que el proyecto sea viable y si en el proceso de planificación se advierte la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes,

gestione la participación por medio del proceso de consulta previa en los términos señalados en esta providencia, con mayores prevenciones a las que ha tenido en el pasado en cuanto a la protección de comunidades.

SÉTIMO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial **SUSPENDER** todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia.

OCTAVO.-ORDENAR al Instituto Colombiano de Desarrollo rural (Incoder) que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia y en el término de 120 días, expida una resolución motivada en la que se determine si hay lugar o no al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima. En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

NOVENO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia que, en el término máximo de dos (2) meses contados a partir de la presente providencia, con la participación de las autoridades mencionadas en el Auto 004 de 2009, es decir, de la Dirección de Acción Social, de la Dirección del ICBF, del Ministerio de Educación, del Ministerio de la Protección Social, del Ministerio de Defensa y de la Dirección del Programa de Acción Integral contra las Minas Antipersonal-, **PRIORICEN** en el Plan de salvaguarda étnica de los pueblos identificados en la presente providencia los mecanismos de protección adecuados y efectivos que garanticen la pervivencia de las comunidades. En el cumplimiento de esta orden deberán tener participación efectiva las autoridades de los pueblos indígenas enunciados.

De la misma forma, en dicho proceso se deberá contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, y podrá contarse con el de organismos no gubernamentales cuyos mandatos estén orientados en proteger la seguridad y los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

DÉCIMO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo

articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas ampliamente referidas en esta providencia, en especial verificando de forma exhaustiva el cumplimiento serio de los estudios de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona.

UNDÉCIMO.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a Codechocó abstenerse de otorgar (o revocar si es del caso) la licencia ambiental relacionada con el asunto de la referencia que no cumpla con el requisito previo correspondiente a la elaboración de un programa de Arqueología Preventiva el cual debe presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en los términos del artículo 7.1 de la Ley 1185 de 2008.

DUODÉCIMO.- ADVERTIR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma del Chocó (Codechocó), de los deberes y obligaciones que les asiste conforme a las consideraciones plasmadas en los numerales (**9.7.8** y **9.7.9**) de esta providencia.

DECIMOTERCERO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar, en el término no superior a ocho (8) meses, un mecanismo de información y coordinación que permita articular a las entidades involucradas en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia.

En el cumplimiento de la antedicha orden podrán participar las entidades gubernamentales y no gubernamentales que tanto el Ministerio del Interior y de Justicia, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación estimen pertinentes para garantizar y llevar a buen fin el mandato aquí adoptado.

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación en armonía con las consideraciones de esta providencia y en especial con lo puntualizado en el numeral **11.2** de la misma.

DECIMOCUARTO.- En reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como medida simbólica de reparación y satisfacción, **ORDENAR** que el Ministerio del Interior y de Justicia coordine y financie la traducción de partes relevantes de la presente sentencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.

DECIMOQUINTO.- EXHORTAR al Congreso y a la Presidencia de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y a través de sus organismos competentes materialicen el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento, libre, previo e informado de los grupos étnicos que hacen parte de la Nación. Por Secretaría General envíese copia de la presente sentencia a la Presidencia de la República y a las Presidencias de Senado y Cámara.

DECIMOSEXTO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus áreas respectivas, que apoyen, acompañen y vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos y órdenes adoptadas. Por Secretaría General, ofíciese a las referidas entidades para que coordinen y creen la comisión pertinente para tal fin.

DECIMOSÉTIMO.- ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el término de un (1) año rindan a la Corte Constitucional un informe detallado del cumplimiento de las órdenes adoptadas en la presente providencia. Sin perjuicio de la competencia que tiene el juez de primera instancia para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela conforme al Decreto 2591 de 1991.

Del anterior informe se enviará copia a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

DECIMOCTAVO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Sentencia T-129/11